

DIE SORGFALTSPFLICHTEN DES GLÄUBIGERS
GEGENÜBER DEM BÜRGEN

— dargestellt anhand der Aufklärungspflichten —

Peter Lutz

Diss. Berlin
1904

DIE SORGFALTSPPFLICHTEN DES GLÄUBIGERS GEGENÜBER DEM BÜRGEN

- dargestellt anhand der Aufklärungspflichten -

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Peter Lutz

München

1983

Erstgutachter: Prof.Dr.Dr. Säcker

Zweitgutachter: Prof.Dr. Sedatis

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Juni 1984

QUESTIONNAIRE

- 1. Name
- 2. Address
- 3. Date
- 4. Sex
- 5. Age
- 6. Education
- 7. Occupation
- 8. Marital Status
- 9. Number of Children
- 10. Number of Siblings
- 11. Number of Pets
- 12. Number of Vehicles
- 13. Number of Hobbies
- 14. Number of Friends
- 15. Number of Acquaintances
- 16. Number of Neighbors
- 17. Number of Relatives
- 18. Number of Strangers
- 19. Number of Enemies
- 20. Number of Admirers
- 21. Number of Followers
- 22. Number of Disciples
- 23. Number of Pupils
- 24. Number of Apprentices
- 25. Number of Students
- 26. Number of Teachers
- 27. Number of Professors
- 28. Number of Researchers
- 29. Number of Scientists
- 30. Number of Artists
- 31. Number of Writers
- 32. Number of Musicians
- 33. Number of Actors
- 34. Number of Dancers
- 35. Number of Athletes
- 36. Number of Gamblers
- 37. Number of Drunks
- 38. Number of Prostitutes
- 39. Number of Criminals
- 40. Number of Idiots
- 41. Number of Lunatics
- 42. Number of Madmen
- 43. Number of Devils
- 44. Number of Angels
- 45. Number of Saints
- 46. Number of Prophets
- 47. Number of Messiahs
- 48. Number of Kings
- 49. Number of Queens
- 50. Number of Princes
- 51. Number of Counts
- 52. Number of Barons
- 53. Number of Bishops
- 54. Number of Priests
- 55. Number of Monks
- 56. Number of Nuns
- 57. Number of Friars
- 58. Number of Sisters
- 59. Number of Brothers
- 60. Number of Fathers
- 61. Number of Mothers
- 62. Number of Sons
- 63. Number of Daughters
- 64. Number of Grandchildren
- 65. Number of Great-Grandchildren
- 66. Number of Great-Granddaughters
- 67. Number of Great-Grandsons
- 68. Number of Great-Grandchildren
- 69. Number of Great-Grandchildren
- 70. Number of Great-Grandchildren

Meinen Eltern

- 1. Name
- 2. Address
- 3. Date
- 4. Sex
- 5. Age
- 6. Education
- 7. Occupation
- 8. Marital Status
- 9. Number of Children
- 10. Number of Siblings
- 11. Number of Pets
- 12. Number of Vehicles
- 13. Number of Hobbies
- 14. Number of Friends
- 15. Number of Acquaintances
- 16. Number of Neighbors
- 17. Number of Relatives
- 18. Number of Strangers
- 19. Number of Enemies
- 20. Number of Admirers
- 21. Number of Followers
- 22. Number of Disciples
- 23. Number of Pupils
- 24. Number of Apprentices
- 25. Number of Students
- 26. Number of Teachers
- 27. Number of Professors
- 28. Number of Researchers
- 29. Number of Scientists
- 30. Number of Artists
- 31. Number of Writers
- 32. Number of Musicians
- 33. Number of Actors
- 34. Number of Dancers
- 35. Number of Athletes
- 36. Number of Gamblers
- 37. Number of Drunks
- 38. Number of Prostitutes
- 39. Number of Criminals
- 40. Number of Idiots
- 41. Number of Lunatics
- 42. Number of Madmen
- 43. Number of Devils
- 44. Number of Angels
- 45. Number of Saints
- 46. Number of Prophets
- 47. Number of Messiahs
- 48. Number of Kings
- 49. Number of Queens
- 50. Number of Princes
- 51. Number of Counts
- 52. Number of Barons
- 53. Number of Bishops
- 54. Number of Priests
- 55. Number of Monks
- 56. Number of Nuns
- 57. Number of Friars
- 58. Number of Sisters
- 59. Number of Brothers
- 60. Number of Fathers
- 61. Number of Mothers
- 62. Number of Sons
- 63. Number of Daughters
- 64. Number of Grandchildren
- 65. Number of Great-Grandchildren
- 66. Number of Great-Granddaughters
- 67. Number of Great-Grandsons
- 68. Number of Great-Grandchildren
- 69. Number of Great-Grandchildren
- 70. Number of Great-Grandchildren

INHALTSVERZEICHNIS

=====

	Seite
INHALTSVERZEICHNIS	I.
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VIII.
§ 1 EINLEITUNG	1
§ 2 DIE PRAKTISCHE BEDEUTUNG DER BÜRGSCHAFT	4
I. Die Bürgschaft zur Sicherung bedingter Forderungen	4
II. Die Bürgschaft im Kreditgeschäft der Banken	5
III. Bauwirtschaft	5
1. Bietungsbürgschaft	6
2. Vertragserfüllungsbürgschaft	6
3. Mängelgewährleistungsbürgschaft	7
IV. Bürgschaften für öffentliche Abgaben	7
V. Bürgschaften als Subventionen	8
§ 3 ABGRENZUNG DER BÜRGSCHAFT VON VERWANDTEN RECHTSGESCHÄFTEN	9
I. Verwandte Rechtsgeschäfte	9
II. Rechtsgeschäfte, deren Rechtsfolgen sich nach Bürgschaftsrecht richten	12
1. Der Kreditauftrag	12
2. Die Delkrederehaftung	12
III. Wechselbürgschaft	13
IV. Zusammenfassung	14

§ 4	DIE SORGFALTSPFLICHTEN IM GEFÜGE DER VERTRAG- LICHEN LEISTUNGSBEZIEHUNGEN	15
I.	Leistungspflichten	16
II.	Sorgfaltspflichten	19
1.	Zweck und Begriff	19
2.	Rechtsgrund der Sorgfaltspflichten	20
3.	Inhalt der Sorgfaltspflichten	23
a)	Verhaltenspflichten auf der Leistungsebene	24
aa)	Mitwirkungspflichten	25
bb)	Auskunftspflicht	26
cc)	Aufklärungspflicht	27
dd)	Beratungspflicht	28
b)	Verhaltenspflichten auf der Schutzpflicht- ebene	29
4.	Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab	30
III.	Obliegenheiten	31
IV.	Zusammenfassung	32
§ 5	DIE AUFFASSUNGEN DER RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR ZU DEN SORGFALTSPFLICHTEN DES GLÄUBIGERS	33
I.	Abriß der historischen Entwicklung der Sorg- faltspflichten	33
1.	Das Römische und das Gemeine Recht	34
2.	Die Regelungen in älterer Kodifikation	34
a)	Das Preußische Allgemeine Landrecht	34
b)	Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch	34
c)	Das Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch	34
3.	Die Auffassung des historischen Gesetzgebers	35
II.	Sorgfaltspflichten auf der Schutzebene	36

III. Rechtssprechung zu den Sorgfaltspflichten auf der Leistungsebene	37
1. Grundsatz	37
2. Sorgfaltspflichten vor Abschluß des Bürgschaftsvertrages	38
a) Aufklärungspflichten	38
b) Auskunftspflichten	45
3. Sorgfaltspflichten während der Dauer des Bürgschaftsverhältnisses	46
a) Aufklärungspflichten	46
b) Mitwirkungspflichten	48
c) Ausfallbürgschaft	49
4. Sorgfaltspflichten bei der Verwertung	50
a) Kreditbürgschaft	50
b) Ausfallbürgschaft	50
IV. Die Auffassung der Lehre zur Sorgfaltspflicht	51
1. Grundsätzlich keine Sorgfaltspflicht des Gläubigers	51
2. Abweichende Meinungen	52
a) Eng begrenzte Sorgfaltspflichten des Gläubigers	53
b) Knütel's Auffassung	54
V. Zusammenfassung	56
§ 6 DIE INTERESSENLAGE BIS ZUM ABSCHLUSS DES BÜRG-SCHAFTSVERTRAGES	58
I. Die Interessen des Gläubigers	58
1. Das Sicherungsinteresse	58
2. Das Gewinninteresse	59
3. Das Verwertungsinteresse	59

II. Die Interessen des Bürgen	60
1. Das Sicherungsinteresse	60
2. Das Bewahrungsinteresse	61
a) Die Kreditwürdigkeit des Schuldners als wesentlicher Faktor für die Beurteilung des Bürgschaftsrisikos	62
aa) Der Begriff der Kreditwürdigkeit	62
bb) Die Aufgabe der Kreditwürdigkeitsprüfung	62
cc) Die Faktoren der Kreditwürdigkeit	63
b) Andere Sicherheiten	66
c) Beziehung zwischen Hauptschuldner und Gläubiger	67
d) Vertragsgestaltung	68
III. Die kollidierenden Interessen	68
IV. Zusammenfassung	69
§ 7 DIE BÜRGSCHAFT UND SORGFALTSPFLICHTEN DES GLÄUBIGERS	71
I. Die gesetzliche Regelung der Bürgschaft und der Sorgfaltspflichten	71
1. Rechtsnatur der Bürgschaft	71
a) Rechtsnatur der Bürgschaft als einseitig verpflichtender Vertrag	72
b) Die Bürgschaft als gegenseitiger Vertrag	74
c) Andere einseitige Forderungsrechte	76
2. Die gesetzliche Regelung des Bürgschaftsver- hältnisses	78
a) Das Schriftformerfordernis	79
b) Die Akzessorietät der Bürgschaft	81
c) Die Subsidiarität der Bürgschaft	81
d) Die Aufgabe von Sicherheiten durch den Gläubiger	82

II. Sicherungszweck der Bürgschaft	83
1. Der Sicherungszweck	83
2. Der Wert der Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel	85
3. Einfluß der Sorgfaltspflichten auf den Sicherungszweck	86
III. Rechtsgrund der Sorgfaltspflichten und die Rechtsnatur der Bürgschaft	87
IV. Zusammenfassung	89
§ 8 WERTUNGSPRINZIPIEN FÜR DIE STATUIERUNG VON SORGFALTSPFLICHTEN	91
I. Die Privatautonomie	91
II. Gesichtspunkte, die die Parteien betreffen	93
1. Persönliche Umstände und Eigenschaften des Gläubigers und des Bürgens	93
2. Beziehungen der Beteiligten zueinander	95
a) Bürge - Hauptschuldner	95
b) Bürge - Gläubiger	98
III. Der Zweck des Rechtsgeschäftes	98
IV. Zumutbarkeit der Sorgfaltspflichten	99
V. Zusammenfassung	101
§ 9 ZU DEN VORVERTRAGLICHEN SORGFALTSPFLICHTEN DES GLÄUBIGERS IM EINZELNEN	102
I. Sorgfaltspflichten des Gläubigers, die dem Integritätsinteresse dienen	102
1. Ziel	102
2. Inhalt	102

II. Sorgfaltspflichten des Gläubigers, die dem Erfüllungsinteresse dienen	103
1. Mitwirkungspflicht	103
2. Auskunftspflicht	104
3. Beratungspflicht	105
4. Aufklärungspflicht	106
a) Rechtliche Aufklärungsverbote	107
aa) Strafrechtliche Offenbarungsverbote	107
bb) Vertraglich geschützte Tatsachen	108
cc) Der deliktsrechtliche Schutz	110
b) Rechtliche Aufklärungsgebote	113
aa) Aufklärungspflicht nach § 123 BGB	113
bb) Aufklärungspflicht nach § 18 KWG	114
c) Tatsachen, für die Aufklärung weder verboten noch geboten ist	115
d) Der verbleibende Tatsachenbereich	118
III. Zusammenfassung	120
§ 10 ZUR AUFKLÄRUNGSPFLICHT ÜBER DIE KONKRETEN TATSACHEN	121
I. Die persönlichen Eigenschaften	121
II. Die wirtschaftliche Lage	122
1. Die aufgrund gesetzlicher Vorschriften erstellten Jahresabschlüsse	122
2. Spezielle Vermögensübersichten	123
3. Ergebnisse aus Analysen	124
III. Aufklärung über Organisationsmerkmale	125
IV. Sonstige Eigenschaften	126
V. Aufklärung über andere Sicherheiten und andere Verbindlichkeiten	126
VI. Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner	128

VII. Vertragsgestaltung	128
VIII. Zusammenfassung	128
§ 11 LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN DURCH VERTRAGSGESTALTUNG	130
I. Individualvertragliche Vereinbarung	130
1. Möglichkeit, Aufklärungspflichten durch Vertrag zu bestimmen	130
2. Inhaltliche Gestaltung	131
a) Grenze des § 134 BGB	131
b) Grenze des § 138 BGB	131
c) Inhaltliche Änderung der Bürgschaft durch Aufklärungspflichten	131
II. Gestaltungsmöglichkeiten durch allgemeine Geschäftsbedingungen	135
1. Anwendbarkeit des AGBG	135
a) Sachliche Anwendbarkeit	135
b) Persönliche Anwendbarkeit	136
c) Abweichung von der gesetzlichen Regelung	137
2. Inhaltliche Grenzen nach § 9 AGBG	137
a) Abweichung von dispositiven Normen	137
b) Gefährdung des Vertragszwecks	138
aa) Abwägung der Interessen	139
bb) Andere Schutzmöglichkeiten	139
cc) Konsequenzen	140
3. Gestaltung der Klausel	140
III. Zusammenfassung	142
§ 12 ABSCHLIESSENDE ZUSAMMENFASSUNG	143
LITERATURVERZEICHNIS	147

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

=====

a.A.	=	andere Auffassung
a.a.O.	=	am angeführten Ort
abl.	=	ablehnend
Abs.	=	Absatz, Abschnitt
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
AG	=	Die Aktiengesellschaft (Jahr und Seite)
AGB	=	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	=	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	=	Aktiengesetz
allg.	=	allgemein
a.M.	=	anderer Meinung
Anh.	=	Anhang
Anm.	=	Anmerkung
AO	=	Abgabenordnung
AP	=	Arbeitsrechtliche Praxis (Jahrgang und Seite; seit 1954: Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer))
Art.	=	Artikel
AT	=	Allgemeiner Teil
Aufl.	=	Auflage
BAG	=	Bundesarbeitsgericht
BayVGH	=	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	=	Der Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
behördl.	=	behördlich
Bem.	=	Bemerkung
Bd.	=	Band
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen (Band und Seite)
Bl.	=	Blatt

Bsp.	=	Beispiel
BT	=	Besonderer Teil
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
bzw.	=	beziehungsweise
DB	=	Der Betrieb (Jahr und Seite)
d.h.	=	das heißt
Diss.	=	Dissertation
DJT	=	Deutscher Juristentag
DR	=	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
Einf.	=	Einführung
Einl.	=	Einleitung
f	=	folgende
f.	=	für
ff	=	fortfolgende
FN	=	Fußnote
FS	=	Festschrift, Festgabe (für)
GBO	=	Grundbuchordnung
GebrMG	=	Gebrauchsmustergesetz
gem.	=	gemäß
GG	=	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch- land
GK-HGB	=	Großkommentar zum Handelsgesetzbuch
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	=	Gesetz für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GWB	=	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	=	Handelsgesetzbuch
Halbbd.	=	Halbband
Hinw.	=	Hinweis(e)

h.L.	= herrschende Lehre
h.M.	= herrschende Meinung
HRR	= Höchststrichterliche Rechtssprechung (Jahr und Nummer)
hrsg.	= herausgegeben (von)
Hrsg.	= Herausgeber
inhaltl.	= inhaltlich
insbes.	= insbesondere
i.S.d.	= im Sinne des, der
Jher.	
Jahrb.	= Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
JuS	= Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	= Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	= Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KO	= Konkursordnung
Kom.	= Kommentar
KWG	= Gesetz über das Kreditwesen
LG	= Landgericht
LM	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
m.	= mit
m.a.W.	= mit anderen Worten
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
mschr.	= maschinenschriftlich
MünchKomm	= Münchener Kommentar zum BGB
m.w.Nachw.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Nr.	= Nummer

ob.	= oben
OLG	= Oberlandesgericht
OLGE	= Entscheidungen des Oberlandesgerichts (Band und Seite)
PatG	= Patentgesetz
PrALG	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
PublG	= Publizitätsgesetz
Rdnr.	= Randnummer
Recht	= Zeitschrift "Das Recht" (Jahr und Nummer der Entscheidung; bei Aufsätzen Jahr und Seite)
RG	= Reichsgericht
RGRK	= Das Bürgerliche Gesetzbuch, Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
RPflg.	= Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr und Seite)
Rspr.	= Rechtsprechung
s.	= siehe
S.	= Seite
ScheckG	= Scheckgesetz
SchR	= Schuldrecht
SchweizBG	= Schweizerisches Bundesgericht
Seuff A	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nummer)
sog.	= sogenannt
Sp.	= Spalte
std.	= ständig
StGB	= Strafgesetzbuch
Tit.	= Titel
Tl.	= Teil
u.	= und
u.a.	= und andere; unter anderem

Überbl.	= Überblick
UrhG	= Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
u.s.w.	= und so weiter
v.	= von, vor
VerglO	= Vergleichsordnung
VersR	= Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr und Seite)
vgl.	= vergleiche
VOB	= Verdingungsordnung für das Baugewerbe
WarnR	= Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneier (Jahr und Seite)
WG	= Wechselgesetz
WM	= Wertpapiermitteilungen (Jahr und Seite)
z.	= zu, zum
zahlr.	= zahlreich
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
z.B.	= zum Beispiel
Zentralbl.f.	
d.jur.Praxis	= Zentralblatt für die juristische Praxis (Band(Jahr) und Seite)
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZStaatsw	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Jahr und Seite)
zust.	= zustimmend
ZVG	= Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz)

§ 1 EINLEITUNG

=====

Ein altes Sprichwort sagt: "Den Bürgen soll man würgen". Heck¹ hat die Bürgschaft als eine "Charakterkrankheit dreier Menschengruppen: der anständigen, hilfsbereiten Leute, der Optimisten und Leichtgläubigen und endlich der Frauen" beschrieben. Durch diese beiden Aussagen werden die Gefährlichkeit und das Risiko der Bürgschaft deutlich. Dennoch war sie bereits den Griechen² der Antike als Kreditsicherungsmittel bekannt und hat sich bis heute zu einem unentbehrlichen Instrument der modernen Kreditwirtschaft entwickelt.

Die Verfasser des BGB³ wollten die Bürgschaft zu einem "schneidigen Kreditsicherungsmittel⁴" ausgestalten und verzichteten daher auf Vorschriften zum Schutz des Bürgen fast völlig. In der Praxis versuchen Banken und Sparkassen die dem Bürgen verbliebenen Rechte durch Formularverträge soweit wie möglich weiter zu beschneiden.⁵ Auf der anderen Seite sind die institutionellen Bürgen, wie z.B. Bund, Länder und auch die Kreditinstitute, ihrerseits bestrebt, durch eine entsprechende Formulargestaltung⁶ ihre Rechtsstellung als Bürgen zu verbessern.

Verlangt ein Gläubiger zur Sicherung eines Kredits eine Bürgschaft, dann hat er Bedenken hinsichtlich der Bonität des Hauptschuldners, der oft gleichzeitig nicht in der Lage ist, andere Sicherheiten, insbesondere Realsicherheiten⁷, zu stellen.

-
- 1) Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, § 126 Nr. 5
 - 2) vgl. Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht 1. Teil: Das Recht des altgriechischen Gemeindestaates
 - 3) vgl. Motive II, S. 678 ff; Protokolle S. 481
 - 4) Knütel, FS Flume S. 564
 - 5) vgl. z.B. Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch Muster, Nr. 344, S. 443
 - 6) vgl. z.B. Grundsätze für die Übernahme von Bürgschaften zur Förderung der Berliner Wirtschaft vom 21.4.1981
 - 7) Kreditgeber bevorzugen wegen der besseren Rechtsstellung normalerweise dingliche Sicherheiten, denn sie ermöglichen ihnen im Fall des Konkurses die abgesonderte Befriedigung (§§ 47 ff KO) zu verlangen.

Der Bürge hingegen beurteilt die Kreditwürdigkeit optimistisch, entweder aus Leichtsinn oder aus oft vermeintlich besserer Kenntnis.

Wird der Bürge dann doch entgegen seinen ursprünglichen Vorstellungen in Anspruch genommen, so wird er versuchen, sich seiner Zahlungspflicht zu entziehen und die Haftung auf einen anderen abzuwälzen. Dazu bietet sich zuerst der Gläubiger an. Denn hätte der Gläubiger nicht seinen Optimismus verbreitet, dann wäre der Bürge auch mißtraurischer gewesen, so daß er die Bürgschaftserklärung nicht abgegeben hätte und so auch nie in Anspruch genommen worden wäre. Der Bürge stellt sich oft auf den Standpunkt¹, daß der Gläubiger ahnen hätte müssen, daß der Kredit notleidend werden würde und ihn darauf hätte hinweisen müssen.

Der Gläubiger hätte ihn zumindest über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauptschuldners aufklären müssen, weil er dann, in Kenntnis der Bonität, die Bürgschaftserklärung nicht abgegeben hätte. Macht aber der Gläubiger dem Bürgen gegenüber falsche oder unvollständige Angaben, so ist die Fehleinschätzung des Bürgen von dem Gläubiger veranlaßt. Der Bürge könnte dann die Befreiung von der Bürgschaftsverpflichtung verlangen.

Das Gesetz äußert sich nicht zu den Sorgfaltspflichten, insbesondere nicht zu einer Aufklärungspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen; die Rechtsprechung² und ein großer Teil der Literatur³ sind der Ansicht, daß der Gläubiger dem Bürgen gegenüber keine Sorgfaltspflicht, auch nicht als Nebenpflicht, habe.

Die Richtigkeit dieser lapidaren Feststellung bedarf indes einer Überprüfung, denn durch die ständige Wiederholung wird eine Behauptung nicht zur Begründung und kann keine Überzeugungskraft entfalten.

1) Darauf weist Laute, Bl. f. Genossenschaftswesen 1971, 197 hin.

2) vgl. unten § 5 I

3) vgl. unten § 5 II

Die Vielzahl von Entscheidungen¹, in denen die Rechtsprechung auf § 242 BGB zurückgreift, hat gezeigt, daß die Auffassung nicht so unproblematisch, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat, ist. Durch ein gewandeltes Rechtsempfinden könnte sich für die rigorose Verneinung der Sorgfaltspflichten eine Änderung ergeben.

Im folgenden werden zunächst die Rechtsprechung und die Meinungen in der Literatur analysiert, anschließend eine eigene Auffassung entwickelt, ihre praktischen Konsequenzen aufgezeigt und schließlich die Möglichkeiten einer entsprechenden Vertragsgestaltung erörtert.

1) Etwa 35 veröffentlichte Entscheidungen des RG und mindestens 15 Urteile des BGH nehmen zu den Sorgfaltspflichten des Gläubigers Stellung. Auf die Schwierigkeiten der Praxis weist Laute, (Bl. f. Genossenschaftswesen 1971, 197) hin.

§ 2 DIE PRAKTISCHE BEDEUTUNG DER BÜRGSCHAFT

=====

Die praktische Bedeutung der Bürgschaft beruht auf den zahlreichen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten¹ des Bürgschaftsvertrages. Eine erschöpfende Darstellung der verschiedenen wirtschaftlichen Verwendungsmöglichkeiten würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, doch können einige Beispiele auf die ganze Breite des Anwendungsbereichs hinweisen.

I. DIE BÜRGSCHAFT ZUR SICHERUNG BEDINGTER FORDERUNGEN

Zur Sicherung von Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen, wie beispielsweise Miete, Pacht², Kontokorrentabsprachen oder Bierlieferungsverträgen³ ist die Bürgschaft besonders geeignet, da eine Verpflichtung für künftige Forderungen rechtlich zulässig ist und ihre Handhabung unkompliziert ist. Die materiell-rechtlichen⁴ und prozessualen⁵ Verpflichtungen zur Sicherheitsleistung können durch die Stellung eines "tauglichen Bürgen" erfüllt werden.⁶ In diesem Bereich haben Bürgschaften der Kreditinstitute immer größere Bedeutung erlangt.

-
- 1) vgl. dazu z.B. MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 41 ff
 - 2) Spruth, Grundstück, Bau- und Wohnungsrecht 1968, S. 201 ff
 - 3) Künstler, Der Bierlieferungsvertrag 3. Aufl., Nürnberg 1957, S. 189
 - 4) z.B. §§ 562, 1039, 1051, 1382, 1389, 1968 BGB
 - 5) z.B. §§ 707, 709, 719, 769, 927 ZPO
 - 6) vgl. §§ 232, Abs. 2, 239 BGB, § 108 ZPO; vgl. dazu: Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., § 89 I 2; Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, S. 337 f mit Muster Nr. 268 ff, 348 f; MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 53 ff, Thomas-Putzo, § 108 Anm. 5 C, Beispiele: BGH WM 1979, 15; 1967, 226

II. DIE BÜRGSCHAFT IM KREDITGESCHÄFT DER BANKEN

Als Personalsicherheit hat die Bürgschaft im Kreditgeschäft der Banken schon lange große Bedeutung¹. Bei der Vergabe von großen Krediten lassen sie sich in der Regel Sicherheiten einräumen.² Neben dinglichen Sicherheiten akzeptieren Kreditgeber Personalsicherheiten, wenn der Sicherungsgeber vertrauenswürdig ist und die Zugriffsmöglichkeit auf sein Vermögen die Erfüllung der gesicherten Forderung erwarten läßt.³ Als Bürgen kommen dabei beispielsweise Verwandte des Hauptschuldners⁴ oder im Rahmen eines Konzerns ander Konzerngesellschaften⁵ in Betracht.

Die in der Bankpraxis übliche Bürgschaft der Geschäftsführer, Gesellschafter und Großaktionäre bietet zwar keine echte Sicherheit, da man selten erwarten kann, daß das Vermögen des Bürgen zur Erfüllung der Forderung ausreicht, doch sie verstärkt sein Interesse an einer ordnungsgemäßen Tilgung des Kredits und beugt Mißbräuchen⁶ der Unternehmensleitung vor.

III. BAUWIRTSCHAFT

Neben dem Kreditwesen hat die Bürgschaft in der Bauwirtschaft eine größere Bedeutung erlangt. Vor allem in diesem

- 1) Die kumulative Schuldübernahme ist für Banken schwer zu handhaben, da bei der Gesamtschuld jede Verpflichtung nach ihrer Entstehung ein eigenes Schicksal hat. Rechtlich relevante Handlungen und Willenserklärungen müssen gegenüber beiden Gesamtschuldnern vorgenommen werden. vgl. Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch S. 312; BGH WM 1968, 1200 (1201); 1976, 424 (425)
- 2) Ungesicherte Kredite werden nur in ganz beschränktem Umfang an sog. "erste Adressen", also Kreditnehmer, deren Bonität über jeden Zweifel erhaben ist, gegeben.
- 3) Feuerherdt, Bl. f. Genossenschaftswesen 1960, 45
- 4) vgl. Schütz, WM 1963, 1051 (1052)
- 5) Rechtsvergleichend zum deutsch-amerikanischen Recht; Rehbinder, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, S. 297 f
- 6) Schinnerer, Bankverträge II. Teil, S. 106, FN 2

Geschäftsbereich treten Kreditinstitute und Versicherungsgesellschaften miteinander in Konkurrenz.¹

Die VOB enthält in § 17 Nr. 2 VOB Teil B die Regelung, daß der Auftragnehmer, wenn er sich verpflichtet hat, eine Sicherheit zu stellen, auch durch eine selbstschuldnerische und unbefristete Bürgschaft eines tauglichen Bürgen Sicherheit leisten kann.

1. Bietungsbürgschaft

Durch die Bietungsbürgschaft² soll sichergestellt werden, daß ein Unternehmer sein Angebot auch ernst meint und in der Lage ist, den Auftrag entsprechend der Ausschreibung zu übernehmen und zu erfüllen. Die Bürgschaft³ wird dabei für eine eventuelle Schadensersatzforderung des Auftragsgebers gewährt, die dieser durch die Zurücknahme des Angebotes durch den Unternehmer während der Ausschreibung oder durch die Nichtübernahme des Bauauftrages oder Übernahme zu geänderten Bedingungen erwerben könnte.

2. Vertragserfüllungsbürgschaft⁴

Durch die Vertragserfüllungsbürgschaft verpflichtet sich ein Dritter für die frist- und vertragsgemäße Durchführung des Bauvorhabens durch einen Unternehmer einzustehen. Durch sie will sich der Bauherr vor allem gegen Schäden, die er auf-

-
- 1) Es handelt sich dabei um sog. Kautionsversicherungsgeschäfte, die in den USA große Bedeutung haben (vgl. von Caemmerer, FS Otto Riese S. 295, 303); zur Kautionsversicherung; von Halem, Kreditversicherung, S. 70; Gartner, VersR. 1967, 118 ff
 - 2) Zum folgenden: von Halem, Kreditversicherung, S. 78 ff; Daub u.a., Kommentar zur VOB A, § 14 Anm. 9
 - 3) üblicherweise 2-3 %; Daub, VOB Richtlinien der Finanzbauverwaltung, S. 54 f, Anm. 24
 - 4) vgl. dazu: Daub u.a., Kommentar zur VOB A, § 14 Anm. 12; z.B. BGH WM 1978, 1404

grund der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers während der Bauzeit erleiden könnte, schützen. Diese Bürgschaft kommt jedoch nur im Ausnahmefall in Frage¹, häufige Anwendung findet sie dagegen bei Auslandsaufträgen deutscher Bauunternehmen.

3. Mängelgewährleistungsbürgschaft²

Nach Abschluß der Bauarbeiten wird meist eine Kautions, auch Barrückhalt genannt, vom Bauherrn einbehalten, die sicherstellen soll, daß die innerhalb der Garantiezeit entstehenden Mängel behoben werden. An Stelle des Barrückhalts kann der Unternehmer auch eine Bürgschaft beibringen.

IV. BÜRGSCHAFTEN FÜR ÖFFENTLICHE ABGABEN

Bürgschaften zur Sicherung einer Forderung der öffentlichen Hand³ haben vor allem Bedeutung als Steuer- und Zollbürgschaften.⁴ Die Finanzverwaltung kann unter den Voraussetzungen der §§ 221, 222 AO eine Stundung der Zoll- und Steuerforderungen gewähren. Üblicherweise wird dabei die Bewilligung der Stundung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht. Nach § 241 Abs. 1 Nr. 7 AO kann derjenige, der nach den steuerlichen Vorschriften Sicherheit zu leisten hat, diese auch dadurch leisten, daß er einen tauglichen Bürgen⁵ stellt. Die Inanspruchnahme des Bürgen und dessen Regreß erfolgen nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen.⁶

1) vgl. dazu: § 14 VOB Teil A

2) Daub u.a., Kommentar zur VOB A §. 14 Anm. 13 f; z.B. BGH WM 1979, 691

3) vgl. dazu: Merz, WM 1980, 230 (231 f)

4) z.B. BGH WM 1978, 1387

5) vgl. § 244 AO;

6) MünchKomm-Pecher, § 765 Rdnr. 63; § 774 Rdnr. 14; BGHZ 72, 198; NJW 1979, 154

V. BÜRGSCHAFTEN ALS SUBVENTIONEN

Eine große Bedeutung haben Bürgschaften der öffentlichen Hand zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft erlangt.¹ Bund und Länder stellen ihre eigene Kreditwürdigkeit den Unternehmen unter bestimmten Bedingungen durch Bürgschaften oder Garantieerklärungen zur Verfügung. Die öffentliche Hand kann auf diese Weise bestimmte Geschäfte und Unternehmen fördern, ohne daß die Liquidität beeinflußt wird, da Banken aufgrund der Bürgschaft Darlehen gewähren.

Die Bewilligung der Bürgschaft ist in der Regel ein Verwaltungsakt, der auf einem allgemein gültigen Förderungsgesetz und den dazu erlassenen Richtlinien beruht.² Die Abwicklung des Bürgschaftsvertrages unterliegt den Regelungen des Zivilrechts.³ Für die sich daraus ergebenden Streitigkeiten ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet (§ 19 GVG), während die Streitigkeiten die über den zugrundeliegenden Verwaltungsakt geführt werden, beim Verwaltungsgericht anhängig gemacht werden müssen (§ 40 VwGO).⁴

1) Flessa NJW 1954, 538;

2) BayVGH WM 1960, 1216; 61, 1143; Flessa NJW 1954, 538 (539 f)

3) BGH WM 1961, 58

4) Für den Fall, daß eine Bank sich im Auftrag der öffentlichen Hand verbürgt, gilt das nicht immer. Häufig gewähren Bund und Länder Bürgschaften über Banken zur Mittelstandsförderung (z.B. aus dem ERP-Sondervermögen durch die Kreditanstalt für Wiederaufbau AG oder die Berliner Industriebank AG).

§ 3 ABGRENZUNG DER BÜRGSCHAFT VON VERWANDTEN RECHTSGESCHÄFT-
=====

TEN

===

Neben der Bürgschaft haben sich im Rechtsleben noch andere allgemein anerkannte Vertragstypen entwickelt, die ebenso wie die Bürgschaft dem Sicherungsinteresse des Gläubigers durch die Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen eines weiteren Schuldners dienen.¹

Neben den Sicherungsgeschäften, die eine Personalsicherheit zum Inhalt haben, regelt das Gesetz Vertragstypen, bei denen für einen Teil der Rechtsfolgen auf das Bürgschaftsrecht verwiesen wird.²

I. VERWANDTE RECHTSGESCHÄFTE

Die verwandten Vertragstypen - der Schuldbeitritt und die Garantie - sind nicht im BGB geregelt³; sie sind aber nach allgemeiner Ansicht⁴ gemäß § 305 BGB zulässig und haben

-
- 1) vgl. Palandt-Heinrichs Überbl. 2 b vor § 414; MünchKomm-Pecher Vor. § 765 Rdnr. 2 ff
 - 2) Das sind vor allem der Kreditauftrag (§ 778 BGB) und die Delkrederehaftung des Handelsvertreters und des Kommissionärs (§§ 86 b, 394 HGB). Wechsel- und Scheckbürgschaften hat der Gesetzgeber zwar als Bürgschaften bezeichnet, aber sie haben mit der Bürgschaft i.S.d. §§ 765 ff BGB nichts zu tun.
 - 3) Bei der Garantie hat der Gesetzgeber von einer Regelung bewußt abgesehen, vgl. Motive II, S. 658
 - 4) vgl. z.B. MünchKomm-Pecher Vor. § 765 Rdnr. 2 f; Vor. § 414 Rdnr. 10 ff; Palandt-Heinrichs Überbl. 2a vor § 414; Palandt-Thomas Einf. 3 c vor § 765

jeweils einen typischen Inhalt. Der Schuldbeitritt ist ein formlos gültiger Vertrag des Schuldners oder des Gläubigers mit dem Beitretenden, durch den dieser die Haftung für eine bestehende Forderung übernimmt;¹ er unterliegt den Regeln der Gesamtschuld², wenn bei Vertragsschluß die zu sichernde Forderung bestand.

Im Gegensatz zum Bürgen, der für eine fremde Schuld haftet und deswegen schuldet, begründet der Beitretende eine eigene Verbindlichkeit³, denn er will selbständig haften, so als ob er die Schuld selbst eingegangen wäre.⁴

Typisches Merkmal des formlos gültigen Garantievertrages ist die Verpflichtung des Garanten, für einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg eintreten zu müssen;⁵ der Garant kann also ähnlich wie der Bürge das Risiko einer sich später ergebenden Zahlungsunfähigkeit eines Dritten⁶ übernehmen.

-
- 1) statt aller: Palandt-Heinrichs Überbl. 2a vor § 414; RGZ 148, 66; gesetzliche Beispiele: §§ 419, 556 Abs. 3, 2382 BGB, 25, 28, 130 HGB, 28 WG
 - 2) BGH WM 1968, 1200 (1201); 1976, 424 (425); RGZ 135, 107; 143, 156
 - 3) BGB-RGRK-Weber Vor § 414 Rdnr. 21
 - 4) Enneccerus-Lehmann § 197 I
 - 5) RGZ 90, 415 (416), Larenz SchR BT § 64 III; Boetius, Der Garantievertrag, S. 15 ff, 30 ff; Enneccerus-Lehmann § 197; z.B. die Leistungsgarantie, die sich darauf bezieht, daß eine geschuldete Leistung erbracht wird ("Eurocheque-Karte" vgl. dazu auch: Baumbach-Hefermehl, WG und Scheck, Anh. Art. 4 Rdnr. 4; Hueck-Canaris, Recht der Wertpapiere § 24 II 1; Horn NJW 1974, 1481; OLG Hamm NJW 1972, 298 f; OLG Düsseldorf WM 1975, 504; a.M. Rehfeldt-Zöllner, Wertpapierrecht, § 26 IV 2, 3) die Eigenschaftsgarantie, die vom Verkäufer oder Hersteller bei Kauf- oder Werkverträgen übernommen wird (z.B. RGZ 146, 120 (124); 165, 41 (46 ff) m.w. Nachw.; BGH NJW 1958, 1483; 1965, 148 (149)); oder die Ausbietungsgarantie, durch die sich der Garant verpflichtet, daß ein Gläubiger eines Grundpfandrechts bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks keinen Verlust erleidet (Zeller, ZVG § 71 Anm. 3; RG JW 1934, 2761)
 - 6) RGZ 90, 415 (418); BGH WM 1960, 18; Enneccerus-Lehmann, § 197 II 2

Die Forderung des Gläubigers gegen den Garanten ist jedoch im Gegensatz zur Bürgschaft unabhängig von der Hauptforderung.¹

Die Abgrenzung der Bürgschaft einerseits vom Schuldbeitritt und Garantievertrag andererseits birgt in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten, da das Bürgschaftsversprechen eines Kaufmannes ebenso wie der Garantievertrag und der Schuldbeitritt nicht der Schriftform bedarf (§ 350 HGB). Der BGH² betrachtet das eigene wirtschaftliche Interesse des Übernehmers an der Tilgung der Verbindlichkeit als wichtiges Indiz³ für das Vorliegen einer kumulativen Schuldübernahme oder eines Garantievertrages.

Der Garantievertrag setzt jedoch zusätzlich voraus, daß der Garant für alle "nicht typischen Zufälle"⁴, unabhängig vom Bestand und von der Durchsetzbarkeit der Forderung eintreten will. Im Zweifel nimmt die Rechtsprechung jedoch an, daß die Parteien einen Bürgschaftsvertrag schließen wollten, da dies der gesetzlich geregelte Normalfall der persönlichen Sicherung ist und regelmäßig zur Erreichung des Sicherungszwecks genügt.⁵

1) RGZ 137, 83 ff

2) BGB-RGRK-Weber Vor § 414 Rdnr. 35; BGH WM 1961, 1129 (1130); 1962, 567 (577); BGH WM 1955, 265 (266); 1975, 348 (349); OLG Hamburg WM 1970, 1285; mit Hinweis auf die std. Rspr. des RG; vgl. auch Pikart WM 1958, 798; Mormann WM 1963, 931 f; 1968, 668; Fikentscher, SchR § 92 II 6

3) aber nicht als verbindliche Auslegungsregel (BGH WM 1962, 550 (551)), da das eigene wirtschaftliche Interesse auch Motiv für die Bürgschaftsübernahme sein kann (Mormann WM 1963, 930 (932))

4) RG HRR 1933 Nr. 1003; BGH WM 1968, 680 (682); OLG Stuttgart WM 1977, 881 (882)

5) BGHZ 6, 397; BGH BB 1976, 41; WM 1962, 576 (577)

II. RECHTSGESCHÄFTE, DEREN RECHTSFOLGEN SICH NACH BÜRG- SCHAFTSRECHT RICHTEN

1. Der Kreditauftrag

Beim Kreditauftrag (§ 778 BGB) handelt es sich um einen echten Auftrag (§ 662 BGB)¹, durch den sich der Auftragnehmer verpflichtet, einem bestimmten Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit zu gewähren.² Darin unterscheidet sich der Kreditauftrag von der Bürgschaft, insbesondere von der Kreditbürgschaft für künftige Verbindlichkeiten.³ Maßgebend ist das eigene Interesse des Auftragsgebers an der Gewährung von Geld- oder Warenkredit des Beauftragten an den Dritten.⁴

Nach der Kreditgewährung haftet der Auftraggeber dem Beauftragten als Bürge (§ 778 BGB); bis zu diesem Zeitpunkt gilt Auftragsrecht.⁵

2. Die Delkrederehaftung

Ein Handelsvertreter kann für ein bestimmtes Geschäft oder für Geschäfte mit bestimmten Dritten gegenüber dem Unternehmer die Haftung für die Vertragserfüllung übernehmen (§ 86 b HGB). Dabei kann es sich, je nach Einzelfall, um eine Bürgschaft, Garantie oder einen Schuldbeitritt handeln. Welcher Typ von Sicherungsvereinbarung vorliegt, wird nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien ermittelt.⁶

-
- 1) BGH WM 60, 880; RGZ 151, 100; BGH DB 1956, 89, 0; Protokolle II. S. 486
 - 2) RGZ 87, 144; Enneccerus-Lehmann § 196
 - 3) Palandt-Thomas § 778 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann § 196, 3
 - 4) BGH DB 1956, 890; OLG Frankfurt NJW 1967, 2360; Enneccerus-Lehmann § 196, 3
 - 5) Enneccerus-Lehmann § 196, 4
 - 6) MünchKomm-Pecher Vor. § 765 Rdnr. 21; Baumbach-Duden § 86 b Anm. 1 D; GK-HGB-Brüggemann § 86 b Anm. 2; vgl. ob. § 3 I

Die Delkrederehaftung des Kommissionärs ist dagegen keine Bürgschaft, da er für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten gegenüber dem Kommitenten eintreten muß (§ 394 HGB). Diese Haftung ist ebenso wie die Bürgschaft akzessorisch ausgestaltet, da jedoch der Kommissionär einen Erfolg schuldet¹, haftet er ähnlich wie der Garant.²

III. WECHSELBÜRGSCHAFT

Die Wechselbürgschaft (Art. 30 ff WG) ist von der Bürgschaft i.S.d. § 765 BGB scharf zu unterscheiden. Durch sie begründet der Avalist, also der Wechselbürge, eine materiell selbstständige Verpflichtung, die kumulativ zu der Prinzipalverpflichtung hinzutritt, jedoch von deren formgültigen Entstehung abhängt (Art. 32 Abs. 2 WG). Die Wechselbürgschaft hat mit der Bürgschaft des BGB nur den Zweck der Sicherung eines Anspruchs gemeinsam.³

Den allgemeinen Vorschriften des BGB folgt jedoch die Übernahme einer Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit. Der Bürge unterliegt dabei nicht der strengen wechselrechtlichen Haftung und hat den Vorteil, daß er die Bonität des Hauptschuldners überprüfen kann.⁴

Von der Wechselbürgschaft und der Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit ist die Sicherung durch einen Wechsel, die sich allein nach wechselrechtlichen Grundsätzen richtet und mit der Bürgschaft nur den Sicherungszweck gemeinsam hat, zu unterscheiden.⁵ Ein praktisch wichtiges Beispiel ist

-
- 1) MünchKomm-Pecher Vor. § 765 Rdnr. 21; GK-HGB-Koller § 394 Anm. 1
 - 2) Baumbach-Duden § 394 Anm. 1 A; GK-HGB-Koller § 394 Anm. 5
 - 3) BGHZ 35, 19; MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 66; Palandt-Thomas § 765 Anm. 3 c; Martens BB 1971, 765 ff; Hueck-Canaris, Wertpapierrecht § 15 I, III
 - 4) Dazu Reinicke WM 1961, 466 ff; Hueck-Canaris, Wertpapierrecht, § 15 V; Baumbach-Hefermehl, WG u. ScheckG, Art. 30 WG Anm. 3 A
 - 5) z.B. RGZ, 48, 153 (155); 74, 352; 94, 85 (89); BGHZ 45, 210 (211); Hueck-Canaris, Wertpapierrecht § 15 VI; Baumbach-Hefermehl, WG u. ScheckG Art. 30 WG, Anm. 3 A

das sogenannte Gefälligkeitsakzept, das sich ein Schuldner von einem Dritten zur Sicherung eines Kredits ausstellen läßt.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Die Bürgschaft ist von der Schuldübernahme und dem Garantievertrag als jeweils unterschiedliche Formen einer Personalsicherheit zu unterscheiden. Durch die Bürgschaft wird eine zur Primärschuld akzessorische Nebenschuld für den Fall der Nichterfüllung der Hauptschuld begründet. Bei der kumulativen Schuldübernahme tritt neben dem ursprünglichen Schuldner ein zweiter gleichberechtigt in das bestehende Schuldverhältnis ein. Der Garant verspricht für einen Erfolg einzustehen, und begründet dadurch eine eigene neben der Hauptschuld bestehende Verbindlichkeit.

Beim Kreditauftrag und der Delkrederehaftung kann sich die auf einer anderen causa beruhende Haftung nach Bürgschaftsrecht richten. Die Wechselbürgschaft hat mit der bürgerlich-rechtlichen Bürgschaft hingegen nichts zu tun.

§ 4 DIE SORGFALTSPFLICHTEN IM GEFÜGE DER VERTRAGLICHEN
=====

LEISTUNGSBEZIEHUNGEN

=====

In der Literatur und Rechtsprechung besteht Einigkeit über die Funktion der einzelnen Pflichten aus vertraglich begründeten Schuldverhältnissen, jedoch ist deren begriffliche Abgrenzung und Rechtsgrund streitig. Der Streit um die begriffliche Abgrenzung der einzelnen Pflichten hat zwar für die Entscheidung eines Rechtstreites kaum Bedeutung, jedoch kann sich in der wissenschaftlichen Diskussion eine unheilvolle Verwirrung ergeben, wenn die von den Autoren verwendeten Begriffe nicht klar definiert sind.¹ Zum anderen ist in der neueren Literatur streitig, aus welchem Rechtsgrund sich die einzelnen Pflichten für die Parteien des Schuldverhältnisses ergeben.

Schuldverhältnisse sind Rechtsbeziehungen zwischen mindestens zwei Personen kraft derer die eine, der Gläubiger, von der anderen, dem Schuldner, eine Leistung zu fordern berechtigt ist (§ 241 Satz 1 BGB). Das Gesetz bezeichnet mit Schuldverhältnis die einzelne Leistungsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner, so daß in diesem Sinne der Begriff des Schuldverhältnisses mit dem der Schuld, bzw. mit dem der Forderung identisch ist.² Der Begriff des Schuldverhältnisses muß aber umfassender verstanden werden; er bezieht sich auf die Gesamtheit aller Rechtsbeziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner³; Das Schuldverhältnis ist damit die "Quelle"⁴ aller einzelnen Rechte und Pflichten der Beteiligten.

Aus dem Schuldverhältnis in diesem Sinn ergeben sich für die Beteiligten einerseits Leistungspflichten und Sorgfalts-

1) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 15

2) z.B.: §§ 362, 364, 397 BGB

3) wie z.B.: §§ 273 Abs. 1, 292 Abs. 1, 425 BGB; BGHZ 10, 395; Larenz SchR AT § 2 I, V

4) so: Palandt-Heinrichs Einl. v. § 241 Anm. 1 a; dazu auch: Larenz SchR AT § 2 I; Siber, Rechtszwang, S. 1

pflichten, die nach Art, Inhalt und Funktion unterschiedlich sind¹, und andererseits Gestaltungsrechte.

I. LEISTUNGSPFLICHTEN

Durch den Vertrag verpflichtet sich der Schuldner an den Gläubiger eine Leistung, die entweder in einer Leistungshandlung² oder in einem Leistungserfolg³ bestehen kann, zu bewirken. Die Leistungspflichten prägen den Inhalt des jeweiligen Schuldverhältnisses und sind entscheidend für die Einordnung in die verschiedenen Typen der Schuldverhältnisse; ändert sich eine Leistungspflicht, ist der Vertrag einem anderen Typus zuzuordnen.⁴ Das primäre Motiv zum Vertragschluß ist für beide Parteien, daß sie einen Anspruch auf die Leistung des Vertragspartners erwerben wollen. Das mit der Leistung verfolgte eigene weitere wirtschaftliche Interesse ist ausschlaggebend für den Willen, ein Schuldverhältnis mit einer anderen Person überhaupt zu begründen, hat aber mit dem Leistungsinteresse, dem rechtlich durch den Vertrag sanktionierten Interesse am Bekommen der Leistung, nichts zu tun.⁵

Die Leistungspflichten haben damit zwei Funktionen: Zum einen wird durch sie der konkrete Inhalt des Vertrages, also der Vertragstyp, bestimmt und zum anderen ist der Erwerb des Anspruchs auf die Leistung das Motiv, das beide Parteien veranlaßt, einen Vertrag überhaupt abzuschließen. Im Unterschied zu den Sorgfaltspflichten ergeben sich die Leistungspflichten, ohne daß weitere Umstände hinzutreten müssen, aus dem Vertrag selbst; die Parteien bestimmen sie von Anfang an so, daß sie einklagbar sind.⁶

-
- 1) Wicher (AcP 158 (1959/1960) 297); Himmelreich (AcP 158 (1959/1960) 273, 284 ff) lehnen diese Unterscheidung ab, da "Leistung" ein in jeder Beziehung obligationsgemäßes Gesamtverhalten sei.
 - 2) vgl.: §§ 241, 269 BGB; MünchKomm-Kramer § 241 Rdnr. 6
 - 3) vgl.: § 362 BGB; MünchKomm-Heinrichs § 362 Rdnr. 2
 - 4) Medicus, BR, Rdnr. 206; Larenz Sch RAT § 2 I
 - 5) Larenz Schr AT § 2 V
 - 6) MünchKomm-Kramer § 241 Rdnr. 16, 21

Die vereinbarten Leistungspflichten bestimmen nicht nur über die Zuordnung des Vertrages zu einem bestimmten Typus, sondern sie sind auch entscheidend für die Intensität der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten.¹ Die Einwirkungsmöglichkeiten durch das Schuldverhältnis auf den anderen Vertragspartner sind also von den vereinbarten Leistungspflichten abhängig.

Je länger ein Schuldverhältnis dauert und je stärker sich eine oder beide Parteien persönlich binden, desto größer ist die Einwirkungsmöglichkeit auf die Selbstbestimmung und Bewegungsfreiheit des anderen Vertragspartners. Vereinbaren die Beteiligten Sachleistungen², so ist mit dem einmaligen ihre Rechtsbeziehung beendet, bei der Verpflichtung zur zeitweiligen Sachüberlassung³ hat der Empfänger die Möglichkeit, auf das Eigentum oder das Vermögen des Überlassenden einzuwirken und derjenige, der sich zur Arbeitsüberlassung im weitesten Sinne⁴ verpflichtet, ist in weiten Bereichen persönlich von seinem Dienstherrn abhängig und dadurch dessen Einfluß ausgesetzt.

Insbesondere beim gegenseitigen Vertrag sind Hauptleistungspflichten und Nebenleistungspflichten zu unterscheiden, denn im Fall einer schuldhaften Störung dieser Pflichten ergeben sich unterschiedliche Rechtsfolgen.⁵ Die Hauptleistungen stehen in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander, denn der eine Vertragspartner verspricht dem anderen gegenüber nur deshalb eine bestimmte Leistung zu erbringen, weil der andere sich seinerseits verpflichtet hat, eine bestimmte Leistung an den anderen zu bewirken. Leistet einer der beiden Vertragspartner nicht oder zu spät, so sind die §§ 320 ff BGB anwendbar, während sich die Rechtsfolgen bei einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Nebenleistungspflichten aus §§ 280 ff BGB ergeben.

-
- 1) vgl.: Larenz SchR AT § 2 I, VI
 - 2) z.B.: Kauf, Tausch, Schenkung
 - 3) z.B.: Miete, Pacht, Darlehen, Leihe
 - 4) z.B.: Arbeits-, Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrag
 - 5) Medicus, BR, Rdnr. 207

Während das wirtschaftliche oder persönliche Interesse an der Hauptleistung in erster Linie für das Ob des Vertrages und dessen Inhalt maßgebend ist, hat die Nebenleistung aus der Sicht der Parteien geringere Bedeutung, denn deren Erfüllung hat für den Leistungsempfänger in der Regel nur den mittelbaren oder unmittelbaren Zweck, ihm die sachgerechte Verwendung der Hauptleistung zu ermöglichen.¹ Beim Kaufvertrag ist die Kaufpreiszahlungsverpflichtung die Hauptleistungspflicht des Käufers, während die Abnahmepflicht eine Nebenpflicht ist, die den Verkäufer nicht berechtigt, unter den Voraussetzungen des § 326 BGB Schadenersatz zu verlangen oder zurückzutreten.² Dem Verkäufer bleibt nur die Möglichkeit, einen Verzugschaden zu verlangen (§ 286 Abs. 1 BGB) oder wegen Annahmeverzugs nach §§ 372 f BGB vorzugehen. Durch die Parteivereinbarung kann abweichend vom gesetzlichen Leitbild eine typische Nebenleistungspflicht zur Hauptleistungspflicht werden. Einen Unterschied in der Klagbarkeit der einzelnen Leistungspflichten gibt es jedoch nicht.³

Die Leistungspflichten sind die Primärpflichten des Vertragsverhältnisses, da nur durch ihre Erfüllung der durch den Vertrag intendierte Zweck erreicht werden kann. Erst mit deren Erfüllung ist der Zweck des Schuldverhältnisses erreicht.⁴ Hat jedoch einer der Vertragspartner eine Störung der Leistungspflicht zu vertreten, so tritt an die Stelle der gestörten Leistung oder auch neben sie eine Sekundärpflicht.⁵ Diese Sekundärpflichten sollen den anderen Vertragspartner für das Nichterreichen des Leistungszwecks entschädigen. Sie sind daher auf Schadenersatz, Rücktritt oder Kündigung gerichtet.

-
- 1) Larenz SchR AT § 2 I; Canaris JZ 1965, 475 (477)
 - 2) RGZ 53, 161
 - 3) BGH NJW 1975, 344
 - 4) Larenz SchR AT § 2 V
 - 5) Medicus, BR Rdnr. 205

II. SORGFALTSPFLICHTEN

1. Zweck und Begriff

Neben den Leistungspflichten begründet jedes Rechtsverhältnis für die Beteiligten die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme¹, da der Schuldner seine Leistung so zu bewirken hat, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern (§ 242 BGB). Sie unterscheiden sich von den Leistungspflichten darin, daß ihr konkreter Inhalt nicht von Anfang an erschöpfend festgelegt werden kann², weil sie sich erst im Verlaufe des Rechtsverhältnisses aus der jeweils konkreten Situation als Anforderung an das Verhalten der Beteiligten ergeben. Diese weiteren Pflichten aus dem Schuldverhältnis sind nichtsynallagmatisch, denn deren folgenlose Verletzung berührt den Anspruch auf die Gegenleistung nicht.³ Diese Pflichtenkategorie umschreibt auch nicht den genauen Anwendungsbereich der positiven Vertragsverletzung⁴ und schließlich sind diese Pflichten nicht generell unklagbar.⁵

Die Sorgfaltspflichten dienen dazu, daß der Zweck eines Schuldverhältnisses von den Parteien erreicht werden kann und keiner der Beteiligten einen Schaden an anderen Rechtsgütern erleidet.⁶ Diese Pflichtenkategorie umfaßt den Bereich des Verhaltens der Parteien, das nicht durch die Leistungspflichten von vorneherein Vertragsinhalt wurde.

- 1) allg. Ansicht: Soergel-Knopp § 242 Rdnr. 1; MünchKomm-Roth § 242 Rdnr. 112 f; Erman-Sirp § 242 Rdnr. 1 ff.; Larenz SchR AT § 9 I; Esser-Schmidt SchR AT § 29 I; Medicus, BR Rdnr. 208
- 2) Selbstverständlich können die Parteien einzelne Pflichten konkret bestimmen und sie im Rahmen der Vertragsfreiheit zu vertraglichen Nebenleistungspflichten machen.
- 3) Medicus, BR Rdnr. 209
- 4) Fikentscher SchR § 8, 3; 47 III
- 5) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, § 93 I 2
- 6) BGH BB 1969, 383; NJW 1975, 344; Larenz SchR AT § 2 I; Esser-Schmidt SchR AT § 4 II, III; Brox AT § 2 II 1; Emmerich, Leistungsstörungen § 2 B; MünchKomm-Kramer § 241 Rdnr. 16; Palandt-Heinrichs Einl. § 241 Anm. 1 e; § 242 Anm. 4

Um diesen Zweck zu erreichen, können sie mit der Anbahnung von Vertragsverhältnissen, während dessen Dauer und nach dessen Beendigung entstehen und sich dabei auch auf Personen, die nicht unmittelbar am Schuldverhältnis beteiligt sind, beziehen.¹

Über die treffendste Bezeichnung dieser Pflichtenkategorie besteht Streit. Larenz² und ihm folgend Palandt-Heinrichs³ bezeichnen sie als "weitere Verhaltenspflichten". Esser-Schmidt⁴ und Brox⁵ sind der Auffassung, daß der Begriff "Nebenpflichten" am besten zur Abgrenzung von den Leistungspflichten geeignet ist. Emmerich⁶ schlägt dagegen den Begriff "Schutz- und Verhaltenspflichten" vor. Im Rahmen des Bürgschaftsrechts werden die Sorgfaltspflichten auch unter dem Begriff "Diligenzpflichten" erörtert.⁷

Der von Larenz vorgeschlagene Begriff "weitere Verhaltenspflichten" drückt meines Erachtens am besten den Inhalt dieser Pflichten aus. Das Wort "Verhaltenspflicht" bedeutet dabei, daß es sich um Anforderungen an das gesamte, besonders geforderte Benehmen der Parteien bezüglich des Schuldverhältnisses handelt. Durch die nähere Kennzeichnung mit dem Adjektiv "weitere" wird deutlich, daß es sich bei diesen Pflichten um zusätzliche, neben den Leistungspflichten bestehende Pflichten handelt.

2. Rechtsgrund der Sorgfaltspflichten

Die Erkenntnis, daß auch im Privatrecht objektive Ordnungsvorstellungen, die den Beteiligten eines Schuldverhältnisses Verantwortung gegenüber den Rechtsgenossen auferlegen¹,

- 1) Palandt-Heinrichs Einl. v. § 241 Anm. 1 e; eine Verletzung hat eine Schadensersatzpflicht aus culpa in contrahendo, positiver Vertragsverletzung, culpa post contractum finitum zur Folge.
- 2) SchR AT § 2 I
- 3) Einl. v. § 241 Anm. 1/e; § 242 Anm. 4
- 4) SchR AT § 4 II u. III
- 5) AT § 2 II 1
- 6) Leistungsstörungen § 2 II
- 7) z.B.: Knütel, FS Flume S. 559 (563)
- 8) Coing, FS Dölle Bd. I, 25 (38)

ihren Platz haben, war maßgebend für die Statuierung weiterer Verhaltenspflichten.

Nach dem Haftungssystem des BGB werden aber nur deliktische Handlungen und Verletzungen von Leistungspflichten sanktioniert, nicht dagegen Verletzungen der weiteren Verhaltenspflichten.¹

Daher wurde als Ergänzung der als lückenhaft erkannten Haftungsvorschriften des BGB von der Rechtsprechung und Lehre die heute gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstitute der culpa in contrahendo² und der positiven Vertragsverletzung³ entwickelt, durch die die Haftung für Verletzungen von weiteren Verhaltenspflichten begründet wird.

Zunächst wurde die Auffassung vertreten, daß sich die vorvertraglichen Pflichten aus einem konkludent abgeschlossenen Schutzvertrag ergeben.⁴ Das würde aber voraussetzen, daß die Vertragspartner gleichzeitig mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen den Willen zum Abschluß eines solchen Vertrages zum Ausdruck bringen würden. Das ist jedoch eine Fiktion der entsprechenden Willenserklärungen, denn erst mit Vertragsschluß wollen sich die Parteien binden, vorher aber nicht. Anschließend wurde erkannt, daß es sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt, das durch die Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen entsteht. Die positive rechtliche Grundlage dieser Pflichten ist § 242 BGB. Ebenso aus dem Gebot von Treu und Glauben und zusätzlich aus dem Gebot des vertragsgemäßen Verhaltens ergeben sich konkrete weitere Verhaltenspflichten aus dem Vertragsverhältnis, deren Nichterfüllung durch die positive Vertragsverletzung sanktioniert wird.

-
- 1) Larenz SchR AT § 9 I; Esser-Schmidt SchR AT § 29 I; a.A. Himmelreich AcP 158 (1959/1960) 273
 - 2) Ihering, Iher. Jahrb. 4 (1861) 1 ff; BGHZ 6, 333; BGH NJW 1960, MünchKomm-Emmerich, Vor. § 275 Rdnr. 85 ff; Larenz SchR AT § 9 I; Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 6 a
 - 3) Staub, Die positive Vertragsverletzung; Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 6 a
 - 4) so die std. Rspr. des RG, vgl. Nirk, FS Ph. Möhring I, S. 385 ff mit zahlreichen Nachw. der Rspr.

In der neueren Literatur¹ wird zunehmend die Auffassung vertreten, daß die Verhaltenspflichten nicht zum einen Teil aus dem Vertrag und zum anderen Teil aus dem Gesetz abzuleiten sind, sondern, daß sie einem einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis zuzuordnen seien, da der Haftungsgrund für Pflichtverletzungen einheitlich der von den Parteien geschaffene Vertrauenstatbestand² bzw. die erhöhte Einwirkungsmöglichkeit, die die Vertragspartner aufgrund des geschäftlichen Kontakts haben, ist.³

Schließlich erfolgt die inhaltliche Bestimmung der sich aus diesem Schuldverhältnis ergebenden Pflichten nach den gleichen Grundsätzen. Normalerweise ergibt sich aus den Leistungspflichten des jeweiligen Schuldverhältnisses wenig, so daß die weiteren Verhaltenspflichten durch eine wertende Beurteilung der Interessenlage und des Zwecks des Rechtsgeschäfts nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ermittelt werden müssen.⁴

Für die Einheitstheorie⁵ spricht, daß durch sie eine saubere Klärung der dogmatischen Probleme möglich ist, die sich im Rahmen der Schutzpflichten bei nichtigen Verträgen und bei der Begründung der Schutzpflichten zugunsten Dritter ergeben. Gegen die Einheitstheorie spricht, daß mit Vertragsschluß neben dem eigentlichen Vertragsverhältnis ein gesetzliches Schutzpflichtverhältnis unabhängig bestehen bleiben soll.

-
- 1) grundlegend: Canaris, JZ 1965, 475; ihm folgend: Thiele JZ 1967, 649; Gerhard JuS 1970, 597; U. Müller NJW 1969, 2169 (2172); Nirk, FS Ph. Möhring I S. 385 (390); Strätz, FS Bosch, S. 999 (1009); Hartwig Einl. vor § 241 Rdnr. 74; a.A. Larenz SchR AT S. 104 Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 a bb; U. Huber AcP 177, (1977), 281 (296 ff, 316 ff)
 - 2) Ballerstedt AcP 151, 501 (507); Canaris JZ 1965, 475; Soergel-R. Schmidt vor § 275 Bem. 5
 - 3) Larenz, FS Ballerstedt, S. 397 (400 ff); Thiele JZ 1967, 649 (652)
 - 4) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 19
 - 5) Zusammenfassung des Meinungsstandes: MünchKomm-Roth § 242 Rdnr. 130 m.w. Nachw.

Da die Ermittlung der Verhaltenspflichten sowohl bei der einheitlichen Schutzpflichtkonzeption als auch bei einer Zweiteilung in ein gesetzliches und ein vertragliches Schuldverhältnis nach gleichen Grundsätzen erfolgt, erscheint es weniger gekünstelt, wenn man annimmt, daß zunächst ein Schutzpflichtverhältnis ohne primäre Leistungspflichten besteht, dessen Pflichten bei Abschluß eines wirkamen Vertrages ihre Rechtsgrundlage im Vertrag haben. Das entspricht auch mehr dem Willen der Parteien, denn diese wollen einen Vertrag abschließen, der alle Rechte und Pflichten abschließend regelt. Mit dieser Konzeption wird damit auch die Privatautonomie besser berücksichtigt. Auch unter Berücksichtigung der klareren dogmatischen Lösung der Probleme der Schutzwirkung zugunsten Dritter und der Schutzwirkung bei nichtigen Verträgen verdient die Einheitstheorie den Vorzug.

3. Inhalt der Sorgfaltspflichten

In der Literatur gibt es keine einheitlichen Begriffe für die einzelnen Sorgfaltspflichten. Für diese Arbeit soll deshalb eine Definition der einzelnen Pflichten, ausgehend von den unterschiedlichen Funktionen, versucht werden.

Wie bereits oben¹ dargelegt wurde, läßt sich der Inhalt der jeweiligen Verhaltenspflichten nicht von vorne herein konkret bestimmen, sondern das jeweils geforderte Verhalten ergibt sich erst im Verlaufe des Rechtsverhältnisses aus der jeweiligen Situation.

Da die einzelnen Verhaltenspflichten ihre gesetzliche Grundlage in § 242 BGB² haben, müssen die Beteiligten sich im Rahmen des Schuldverhältnisses so verhalten, wie es die ungeschriebenen Elementarsätze des gerechten Handelns³ oder

1) vgl. oben § 4 II 1

2) h.M. statt vieler: Larenz SchR AT § 2 I; Fikentscher SchR S. 67; Erman AcP 139 (1934) 273; Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 4; BGHZ 64, 46 (49)

3) Wiesacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 19

die Verkehrsmoral als Ausdruck eines rechtsethischen Prinzips¹ erfordern. Damit kommt zum Ausdruck, daß durch eine vertragliche Sonderverbindung die Selbstverantwortung durch die Mitverantwortung für den Partner ergänzt wird, denn mit dem Eintritt in die Rechtsbeziehung erkennen die Parteien gleichzeitig an, daß jeder neben dem Leistungsinteresse, das sich direkt auf die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung bezieht, noch weitergehende wirtschaftliche oder persönliche Interessen mit dem Vertragsschluß verfolgt. Mit dieser Anerkennung ist die Pflicht verbunden, alles zu unterlassen, was dazu führen könnte, daß der Partner diesen weiteren Zweck nicht erreicht.² Das heißt jedoch nicht, daß die Partner verpflichtet sind, gleichrangige eigene Interessen hinter den Belangen des Partners zurückzustellen.³

Daraus ergeben sich für die Einteilung der weiteren Verhaltenspflichten zwei verschiedene Funktionsebenen⁴, eine positive, die sich darauf bezieht, den Vertragspartner bei der Erreichung seines weiteren Leistungszwecks zu unterstützen und eine negative, die sich darauf bezieht, daß der status quo der Beteiligten sich nicht verschlechtert.

Für die Feststellung des jeweils geschuldeten Verhaltens muß also zwischen den Verhaltenspflichten auf der Leistungsebene, die der Erfüllung des Vertrages und Verhaltenspflichten auf der Schutzpflichtenebene, die dem Integritätsinteresse dienen, unterschieden werden.

a) Verhaltenspflichten auf der Leistungsebene

Diese Verhaltenspflichten sind darauf gerichtet, den gemeinsamen Geschäftszweck zu erreichen und den Leistungsvollzug zu sichern. Sie enthalten die Verpflichtung zu einer aktiven Förderung des Geschäftszwecks. Diese Pflichtenkategorie ist von dem intendierten Vertrag bzw. dessen Geschäftszweck

1) Larenz, Methodenlehre S. 314 ff

2) BGH DB 1968, 2210

3) BGH LM § 242 (Be) Nr. 36

4) Esser-Schmidt SchR AT § 3 I 2

geprägt, denn aus dem Leistungsprogramm des Vertrages ergibt sich indirekt das, was die Parteien zu dessen Erreichung, Sicherung und Abwicklung in der jeweiligen Situation noch beizutragen haben. Der innere Grund für diese Pflichten liegt darin, daß die Parteien durch das Aufeinanderzugehen in der Absicht, einen Vertrag miteinander zu schließen und durchführen zu wollen, bei ihrem Partner einen Vertrauensstatbestand geschaffen haben, der sie nunmehr dazu verpflichtet, das für die Sonderbeziehung Notwendige auch tatsächlich zu tun, bzw. den Partner über die eigenen Absichten im Klaren zu lassen.¹

Die Parteien schulden daher je nach der konkreten Situation, in der das Schuldverhältnis sich befindet, einander das, was der andere redlicherweise im Hinblick auf den Geschäftszweck und die bestehenden Umstände erwarten kann. Dabei ist zum einen von der durch den Geschäftszweck bestimmten Interessenlage und zum anderen von Zumutbarkeitsüberlegungen unter Berücksichtigung der Verkehrsüblichkeit auszugehen.

aa) Mitwirkungspflichten

Unter der Mitwirkungspflicht wird die Verpflichtung der Parteien, alles zu tun, damit der gemeinsame Geschäftszweck bzw. der Leistungserfolg erreicht werden kann, verstanden.² Diese Pflicht hat zwei Aspekte, denn die Vertragspartner sind nicht nur darauf beschränkt, alles notwendige zu veranlassen, damit der gemeinsame Geschäftszweck erreicht werden kann, sondern sie sind auch verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Erreichung dieses Zieles vereiteln könnte. Dazu gehört auch, daß in bestimmten Fällen ein Partner für die Interessen des anderen Teiles tätig werden muß.³ Die Mitwirkungspflicht zielt damit darauf, daß die Geschäftspartner gemeinsam die Voraussetzungen für den Abschluß und die Durchführung des Geschäftes schaffen.

1) Ballerstedt AcP 151, 501 ff; Erman AcP 139 (1934), 273 ff

2) Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 4 B c

3) RG JW 1937, 3104; BGH WM 1959, 1072

Diese Pflicht gründet sich auf dem Vertrauen, das die Parteien redlicherweise in die Ernsthaftigkeit des Verhandlungs- und Durchführungswillens des Vertragspartners haben dürfen. Denn wären die Vertragspartner zu keinerlei Mitwirkung verpflichtet, so könnte einer der beiden durch bloße passive Verweigerung sämtliche Bemühungen des anderen zunichte machen. Da es bei dem geforderten Verhalten darum geht, daß die Geschäftspartner sich in Bezug auf den intendierten oder geschlossenen Vertrag loyal zueinander verhalten, wird diese Pflicht von manchen Autoren auch als Loyalitätspflicht oder Leistungstreuepflicht bezeichnet.

Die Mitwirkungspflicht verpflichtet die Parteien, sich gemeinsam um eine etwa notwendige öffentlich-rechtliche Genehmigung zu bemühen.¹ Im Rahmen eines Bürgschaftsverhältnisses wird man beispielsweise verlangen können, daß der Gläubiger gegenüber dem Bürgen die zu sichernde Forderung und die darauf entfallende Nebenleistung konkretisiert, da sonst der Bürge nicht in der Lage wäre, die Bürgschaftserklärung abzugeben.

bb) Auskunftspflicht

Eine Auskunftspflicht kann sich zwischen den Parteien dann ergeben, wenn aufgrund der bestehenden Sonderverbindung der Auskunftsberechtigte in entschuldbarer Weise von bestimmten Tatsachen, die zu einer zweckentsprechenden Interessenverfolgung notwendig sind, keine Kenntnis hat und der Verpflichtete die erforderliche Auskunft unschwer erteilen kann.² Zum Teil ergibt sich für bestimmte Rechtsverhältnisse eine Auskunftspflicht als Nebenpflicht direkt aus dem Gesetz.³ Wenn aber ähnliche Voraussetzungen in einem Rechts-

-
- 1) dazu: Lange, FS Schmidt-Rimpler S. 139; RGZ 99, 376; BGH MDR 1963, 837
 - 2) Soergel-Knopp § 242 Bem. 133; Palandt-Heinrichs § 261 Anm. 3 d aa; RGZ 108, 7; 158, 379; BGHZ 10, 387; 55, 202 in std. Rspr.
 - 3) vgl. z.B.: §§ 402 (Zedent), 444 (Verkäufer), 1379 (Zugewinnsgemeinschaft) BGB

verhältnis vorliegen, für das keine ausdrückliche Regelung besteht, dann kann sich ein solcher Anspruch aus § 242 BGB ergeben. Voraussetzung dafür ist aber, daß der Auskunftsersuchende einen dahingehenden ausdrücklichen Wunsch gegenüber dem Verpflichteten äußert; darin unterscheidet sie sich von der Aufklärungspflicht, die ein Tätigwerden des Verpflichtenden von sich aus verlangt.

Im Rahmen eines Bürgschaftsverhältnisses wäre eine Auskunftspflicht über den Stand der Hauptschuld oder über andere bestehende Sicherheiten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen denkbar. Auch eine Auskunft über die Zahlungsmoral des Hauptschuldners könnte in Betracht kommen, denn alle diese Tatsachen sind für die Verpflichtung und Schutzmöglichkeiten des Bürgen von Bedeutung.¹

cc) Aufklärungspflicht

Die Aufklärungspflicht ist von der Auskunftspflicht scharf zu unterscheiden, denn hier muß der Verpflichtete von sich aus tätig werden.² Voraussetzung der Aufklärungspflicht ist, daß der Geschäftspartner über eine bestimmte Tatsache redlicherweise Aufklärung erwarten darf und daß diese Aufklärung dem Verpflichteten zumutbar ist.³ Der Umfang dieser Pflicht hängt zum einen von der Art des bestehenden Treueverhältnisses und dem bestehenden bzw. dem beabsichtigten Vertragsverhältnis und zum anderen von der Persönlichkeitsstruktur der Beteiligten ab. Grenze der Aufklärungspflicht ist die Selbstschädigung, da der Berechtigte nicht erwarten kann, daß der Verpflichtete seine Belange hinter jenen des Geschäftspartners zurückstellt; so wird man keine dahingehende Pflicht, daß ein Geschäftspartner die Nachteile eines Geschäfts offen darlegen muß, annehmen können.

1) §§ 774 ff. BGB

2) Larenz, FS Ballerstedt, 397 f

3) Soergel-Knopp § 242 Bem. 123; Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 4 B d; RGZ 62, 150; 111, 234; BGH NJW 1970, 655

Die Intensität des Schuldverhältnisses bestimmt den Umfang der Aufklärungspflichten, denn je stärker die Bindung, die durch das Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten entsteht, ist, desto umfassender wird die Aufklärungspflicht sein. In einem Gesellschaftsverhältnis ist sie demnach weitergehend als in einem Austauschverhältnis. Auf der anderen Seite wird die Aufklärungspflicht durch die Persönlichkeitsstruktur der Beteiligten mitbestimmt; dabei kommt es auf die Geschäftsgewandtheit und Erfahrungheit der Beteiligten im Wesentlichen an. Ein beredtes Beispiel dazu ist die Rechtsprechung zu den Aufklärungspflichten beim Abzahlungskauf.¹

Die Aufklärungspflichten können sich auf alle mit dem bestehenden oder in Aussicht genommenen Vertrag zusammenhängende Fragen beziehen. So kann ein Vertragspartner verpflichtet sein, über die Formbedürftigkeit² eines Geschäftes oder über Eigenschaften von Vertragsgegenständen oder auch über die Eignung des angestrebten Vertrages für die vom Vertragspartner damit verfolgten weitergehenden Zwecke Aufklärung zu geben.³ Im Rahmen des Bürgschaftsvertrages ist zu überlegen, ob nicht der Gläubiger verpflichtet ist, den Bürgen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauptschuldners und seine Beziehungen zu ihm aufzuklären.⁴

dd) Beratungspflicht

Im Unterschied zur Aufklärungspflicht bezieht sich die Beratungspflicht nicht auf Tatsachen, sondern auf Werturteile. Diese Pflicht entsteht dann, wenn ein Vertragspartner von einer erkennbar unzutreffenden Beurteilung einer Tatsache oder eines Vorgangs ausgeht. Sie verlangt ebenso wie die Aufklärungspflicht ein Tätigwerden des einen Geschäftspartners im Interesse des anderen. Durch sie soll ein gewisser

1) BGHZ 33, 293; 47, 207; OLG Celle NJW 1958, 562

2) BGH LM § 313 BGB Nr. 24

3) BGH LM § 276 (H) Nr. 5; dazu Medicus JuS 1965, 211; Larenz FS Ballerstedt 397 (409)

4) die std. Rspr. verneint eine solche Pflicht vgl. ob. § 5 III 1

Schutz eines Beteiligten vor falschen Schlußfolgerungen erreicht werden.¹ Daneben kann sie die Pflicht umfassen, den Geschäftspartner über Umfang, Inhalt oder Tragweite eines umfassenden Vertragswerks oder schwer verständlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu belehren.²

b) Verhaltenspflichten auf der Schutzpflichtenebene

Im Unterschied zu Verhaltenspflichten auf der Leistungsebene sind diese Pflichten unabhängig vom Geschäftszweck, denn das durch sie geforderte Verhalten dient nicht dem Leistungs- und Erfüllungsinteresse der Beteiligten, sondern deren Integritäts- und Erhaltungsinteresse. Die Verpflichtung zu diesem bestimmten Verhalten ist ausgerichtet an dem Schutz vor Begleitschäden an Gesundheit, Körper, Leben und Eigentum.³ Die Parteien müssen sich also so verhalten, daß der status quo des anderen nicht beeinträchtigt wird. Der innere Grund für diese Verpflichtung liegt in der gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit, die der jeweils andere Vertragspartner durch den intendierten Vertrag oder die bestehende Sonderverbindung auf die Rechtsgüter des anderen erhält.⁴ Diese Pflichtenkategorie deckt sich zum Teil mit den Verkehrssicherungspflichten, deren Verletzung keine vertragliche, sondern eine deliktische Haftung begründet.⁵ Diese Pflicht wird einheitlich als Schutzpflicht bezeichnet, denn sie dient in erster Linie der Verhinderung schädigender Ereignisse. Im konkreten Einzelfall begründet sie die Verpflichtung der Parteien, alle möglichen vorhersehbaren Schäden, die der Vertragspartner durch die Sonderverbindung erleiden könnte, zu verhindern.

-
- 1) BGHZ 40, 22; Larenz FS Ballerstedt 397 (412), der die Beratungspflicht zur Aufklärungspflicht zählt.
 - 2) BGHZ 47, 212 (222); BGH WM 1972, 854
 - 3) h. M. statt aller: Soergel-Knopp § 242 Bem. 152; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 802; Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 4 B mit jeweils w. Nachw. vgl.: RGZ 78, 239; BGH LM § 276 (Fa) BGB Nr. 13
 - 4) Larenz SchR AT § 9 I; BGHZ 6, 533; NJW 1960, 720
 - 5) BGH DB 1976, 1282

4. Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab

Der Gesetzgeber hat im Bereich des Zivilrechts die Erfüllung von Verpflichtungen mit bestimmten Sorgfaltsanforderungen verbunden. So sieht das BGB vor, daß die "im Verkehr erforderliche Sorgfalt" (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu beachten ist; die Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und die Ehegatten untereinander müssen die Sorgfalt, die sie "in eigenen Angelegenheiten" anzuwenden pflegen, (§§ 708, 1359 BGB) einhalten.

Der Kaufmann hat bei Handelsgeschäften die Sorgfalt eines "ordentlichen Kaufmanns" walten zu lassen (§ 347 Abs. 1 HGB). Vorstand und Aufsichtsrat sind verpflichtet, ihr Amt mit der "Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" auszuüben (§§ 93 Abs. 2 S. 1, 116 AktG).

Aus den verschiedenen, beispielhaft genannten gesetzlichen Bestimmungen der Sorgfaltspflichten ergibt sich, daß es keinen allgemeingültigen Sorgfaltsmaßstab gibt, denn ansonsten bedürfte es nicht der unterschiedlichen Formulierungen.¹

Die jeweils verwendete nähere Bestimmung der Sorgfaltspflichten hat immer einen objektiven Bezug: so z.B. "im Verkehr erforderlich" (§ 276 BGB), "eines ordentlichen Kaufmanns" (§ 347 HGB) oder "eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" (§ 93 AktG). Die anzuwendende Sorgfalt ist also ausgerichtet an einem nicht existenten Idealbild; d.h. es kommt zunächst nicht auf die Fähigkeiten des einzelnen Verpflichteten an, sondern auf die objektiv notwendige Sorgfalt in der jeweiligen Situation.²

Der jeweilige konkrete Maßstab ergibt sich jedoch aus einer wertenden Betrachtung des objektiven und eines subjektiven

-
- 1) a.A. ist Baumbach-Duden (§ 347 Anm. 2) die Bestimmungen der §§ 347 HGB 93, 116 AktG und § 43 GmbHG seien inhaltsgleich
 - 2) h.M. statt vieler: Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 4 b; Baumbach-Duden § 347 Anm. 2

Elements. Es wird zunächst der am Idealbild ausgerichtete objektive Maßstab bestimmt, der dann nachträglich unter Berücksichtigung aller Eigenschaften der beteiligten Personen und aller sonstigen Umstände korrigiert wird. Die konkreten Anforderungen an die Sorgfaltspflicht ergibt sich nicht nur daraus, was die am konkreten Rechtsverhältnis beteiligten Parteien mit ihren Interessen und Eigenschaften individuell zu leisten vermögen, sondern auch aus den allgemein üblichen Vorstellungen des jeweiligen Verkehrskreises.¹

Erfüllt einer der Geschäftspartner eine weitere Verhaltenspflicht nicht, so erwirbt der andere einen Schadensersatzanspruch, der entweder auf Ersatz des durch die Pflicht geschützten Interesses oder auch auf die Befreiung von einer Verbindlichkeit gerichtet sein kann.

III. OBLIEGENHEITEN

Die Obliegenheit² ist ein Mittel der Rechtsordnung, das der Lösung des Konflikts widerstreitender Interessen dient. Der Gesetzgeber kann entweder demjenigen, in dessen Rechtskreis eingegriffen wurde, einen Schadensersatzanspruch gegen den Störer geben, wie es bei der Verletzung von Sorgfaltspflichten der Fall ist, oder er kann, statt eines Ersatzanspruchs, die weniger starke Maßnahme eines Rechtsverlustes wählen.

Die Obliegenheit regelt die typische Situation, in der jemand durch Gesetz oder Vertrag eine Rechtsposition eingeräumt wird, deren Ausübung nicht unbeschränkt zugelassen wird, sondern von gewissen Voraussetzungen³, die der Berechtigte erfüllen muß, abhängig gemacht wird.⁴

-
- 1) Fikentscher SchR § 26 IV 4
 - 2) R. Schmidt (Die Obliegenheit, 1953) hat diese aus dem Versicherungsrecht stammende Rechtsfigur in die allgemeine Zivilrechtsdogmatik eingeführt.
 - 3) gesetzliche Beispiele: §§ 121, 149, 293 - 304 BGB, 377 HGB
 - 4) Wieling, AcP 176 (1976) 335 (346)

Im Unterschied zu den Sorgfaltspflichten, die im Interesse des Berechtigten dem Verpflichteten auferlegt werden und deren Nichterfüllung einen Schadensersatzanspruch zur Folge hat, muß der mit einer Obliegenheit Belastete ihr im eigenen Interesse nachkommen, um nicht einen Rechtsverlust zu erleiden.¹

IV. ZUSAMMENFASSUNG

In allen Schuldverhältnissen wird zwischen Hauptleistungspflichten und Nebenleistungspflichten einerseits und den Sorgfaltspflichten andererseits unterschieden. Die Leistungspflichten bestimmen den Typus des Schuldverhältnisses und legen das Leistungsprogramm fest.

Durch die Sorgfaltspflichten wird das während der gesamten Vertragsbeziehung geschuldete weitere Verhalten der Parteien festgelegt. Diese Pflichten dienen der Erlangung des Vertragsziels, so daß beide Parteien keinen Schaden nehmen.

Der Rechtsgrund der Sorgfaltspflichten ist das Vertrauen, das jeder dem anderen Vertragspartner entgegenbringt; wird das Vertrauen verletzt, so haftet vor Vertragsschluß der Verletzer aus culpa in contrahendo und nach Vertragsschluß wegen positiver Vertragsverletzung.

Die Sorgfaltspflichten dienen als Schutzpflichten dem Erhaltungsinteresse und als Auskunfts-, Mitwirkungs-, Aufklärungs- und Beratungspflichten dem Erfüllungsinteresse. Die jeweilige Pflicht ergibt sich aus der konkreten Situation als objektive Anforderung an das Verhalten des Verpflichteten.

Demgegenüber handelt es sich bei den Obliegenheiten um Sorgfaltspflichten im eigenen Interesse des Verpflichteten.

1) Enneccerus-Nipperdey, § 74 IV; Fikentscher SchR § 8, 4; Palandt-Heinrichs vor. § 254 Anm. 4

§ 5 DIE AUFFASSUNGEN DER RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR

I. ABRISS DER HISTORISCHEN ENTWICKLUNG DER SORGFALTSPFLICH-
TEN

1. Das Römische und das Gemeine Recht

Sowohl im Römischen als auch im Gemeinen Recht herrschte die Auffassung vor, daß der Gläubiger gegenüber dem Bürgen die bona fides zu wahren habe.

Im Römischen Recht¹ hatte der Bürge gegenüber dem Gläubiger ursprünglich keinerlei Rechte. Im Laufe der Entwicklung wurden ihm jedoch durch die einzelnen Novellen die Rechtswohlthaten des beneficium cendendarum acctionum², des beneficium divisionis³ und des beneficium excussionis⁴ zugebilligt.

Im Germanischen Recht⁵ existierte die Bürgschaft zunächst als abgeleitete Form der Geiselschaft, so daß der Bürge mit seinem Leib haftete. Bis zur Rezeption des Römischen Rechts veränderte sich die Bürgschaft zu einer Mitschuld, bei der der Bürge primär mit seinem Vermögen neben dem Hauptschuldner haftete, sie entsprach damit dem jetzigen Schuldbeitritt. Nach der herrschenden Lehre im Gemeinen Recht⁶ konnte der Gläubiger den Bürgen nur in Anspruch nehmen, wenn er nicht aufgrund eigener Nachlässigkeit keine Befriedigung beim Hauptschuldner erlangen konnte.

-
- 1) vgl. Kaser, Römisches Privatrecht S. 459 f; Knütel, FS Flume S. 560 f, 566 - 572; Stüven S. 7 - 49
 - 2) das ist der Anspruch auf Abtretung der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner und andere Bürgen im Fall der Zahlung der Schuld
 - 3) das ist das Recht der Tilgung unter den Mitbürgern
 - 4) das ist die Rechtswohlthat der Vorausklage
 - 4) zum folgenden Borst, Die Bürgschaft in der deutschen und schweizerischen Kodifikation, S. 2
 - 5) Dernburg, Pandekten § 82 Nr. 3; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts § 478

2. Die Regelungen in älteren Kodifikationen

a) Das Preußische Allgemeine Landrecht¹

Hätte der Gläubiger bei der Vollstreckung gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen, so hatte er den Schaden selbst zu tragen (§ 328 PrALR). Wenn sich Gläubiger und Hauptschuldner zum Nachteil des Bürgen verständigt hatten, waren beide dem Bürgen schadensersatzpflichtig (§ 329 PrALG). Der Gläubiger verlor sämtliche Rechte gegen den Bürgen, wenn er sich einer anderen Sicherheit begab (§ 331 PrALR).

b) Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch

Das Sächsische BGB² sah vor, daß der Bürge von seiner Haftung frei wurde, wenn der Gläubiger bei der Beitreibung seiner Forderung gegen den Hauptschuldner fahrlässig einen Forderungsausfall verursacht hatte.

c) Das Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch

Nach § 1356 ABGB kann der Gläubiger den Bürgen erst dann in Anspruch nehmen, wenn der Hauptschuldner in Konkurs gefallen ist oder, wenn er bei Fälligkeit der Forderung sich an einem unbekannten Ort aufhält und der Gläubiger sich keine Nachlässigkeit zuschulden hat kommen lassen. Hat sich der Gläubiger zum Nachteil des Bürgen eines Pfandes begeben, so kann er ihn ebenfalls nicht in Anspruch nehmen (§ 1360 ABGB). Er ist dem Bürgen auch insoweit verantwortlich, als er "saum-

1) 1. Tl. 14 Tit. III Abschn. pr. ALR

2) § 1466 sächsBGB

selig bei Eintreibung" der Schuld ist. Aus dieser Vorschrift folgert die Österreichische Lehre¹, daß der Gläubiger dem Bürgen gegenüber verpflichtet sei, alles Notwendige zu veranlassen, um vom Hauptschuldner Erfüllung zu erreichen um soweit wie möglich den Bürgen nicht in Anspruch nehmen zu müssen.

3. Die Auffassung des historischen Gesetzgebers

Der Dresdner Entwurf sah zunächst übereinstimmend mit der in der Literatur² und anderen Entwürfen³ vorherrschenden Auffassung vor, daß der Gläubiger auch dem Bürgen gegenüber Sorgfaltspflichten habe.

Artikel 948⁴ des Dresdner Entwurfs bestimmt, daß der Gläubiger den Bürgen nur dann in Anspruch nehmen könne, wenn er bei der Beitreibung der Forderung oder Erhaltung der Sicherheiten nichts zum Nachteil des Bürgen vernachlässigt hat.

-
- 1) Klang-Ohmeyer, Kom. zum ABGB § 1364 Anm. II 1.; Ohmeyer, Zentralbl. d. jur. Praxis 45 (1927, 161 ff)
 - 2) Dernburg, Pandekten § 82 Nr. 3; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandekten-Rechts § 478
 - 3) vgl. Art. 611 des Hessischen Entwurfs und Art. 890 Nr. 1 und 892 des Bayerischen Entwurfs
 - 4) "Hat der Gläubiger durch seine Verschuldung den Übergang der in Artikel 940 bezeichneten Rechte auf den Bürgen unmöglich gemacht, insbesondere Pfandrechte und sonstige Sicherheiten, welche bereits zur Zeit der Bürgschaftsleistung für die Hauptschuld bestellt waren, ohne Einwilligung des Bürgen aufgegeben oder hat er die Erfolglosigkeit der Geltendmachung der auf den Bürgen übergehenden Rechte verschuldet, so wird der letztere von seiner Verbindlichkeit insoweit befreit, als die Forderung gegen den Hauptschuldner durch die gedachten Rechte gedeckt war. Hat der Gläubiger die Erfolglosigkeit der Ausklagung des Hauptschuldners verschuldet, so wird der Bürge von seiner Verbindlichkeit insoweit befreit, als die Forderung gegen den Hauptschuldner durch die gedachten Rechte gedeckt war. Hat der Gläubiger die Erfolglosigkeit der Ausklagung des Hauptschuldners verschuldet, so wird der Bürge von seiner Verbindlichkeit insoweit befreit, als der Gläubiger ohne diese Verschuldung vom Hauptschuldner hätte Befriedigung verlangen können."

Die Erste Kommission hat bei ihrer Beratung zur Ausarbeitung des Entwurfs zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch diese Auffassungen verworfen.¹ Sie begründete diese Ansicht damit, daß Sorgfaltspflichten der Rechtsnatur der Bürgschaft widersprechen, da der Gläubiger durch diesen Vertrag nur Rechte erwerbe, daß sie auch nicht aus dem Grundsatz der bona fides hergeleitet werden können und daß sie den Wert der Bürgschaft als Sicherungsmittel vermindern würden. Das Beratungskollegium glaubte, daß es sich dabei "in Übereinstimmung mit dem älteren Römischen Recht und mehreren neueren Kodifikationen" befinde.²

II. SORGFALTSPFLICHTEN AUF DER SCHUTZEBENE

Dem Autor sind zu diesen Pflichten weder Stellungnahmen der Literatur noch Entscheidungen aus der Rechtsprechung bekannt.

Da diese Pflichten unabhängig von dem in Aussicht genommenen oder geschlossenen Vertrag immer dem Schutz der Gesundheit, des Körpers und des Lebens des anderen Vertragspartners dienen³, müssen im Rahmen eines Bürgschaftsverhältnisses die gleichen Grundsätze wie etwa im Kaufvertragsrecht oder im Mietvertragsrecht gelten. Es wäre kaum einzusehen, daß etwa ein Warenhausbesitzer Maßnahmen zum Schutze seines Kunden ergreifen müßte und für die Verletzung dieser Pflichten schuldrechtlich haften muß, während ein Bankier zum Schutze eines Gläubigers lediglich die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten beachten muß und bei Verletzungen nur nach den deliktsrechtlichen Vorschriften haften würde. Meines Erachtens gibt es keine Gesichtspunkte, die für eine der-

1) Motive II S. 689 ff; Protokoll S. 481

2) Motive II S. 679; bei dem Hinweis auf Art. 892 des Bayer. Entwurfs wurde Anm. 890 Nr. 1 nicht berücksichtigt, bei § 1360 ABGB wurde § 1364, Satz 2 ABGB unterdrückt (vgl. Unger, Jher Jahrb. 33 (1894), 303 FN 8)

3) vgl. oben § 4 III

artige Privilegierung des Gläubigers sprechen. Die grundsätzliche Auffassung der Rechtsprechung¹ und der Literatur², daß dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen keine Sorgfaltspflichten obliegen, bezog sich in allen Entscheidungen auf die Leistungsebene und nicht auf die Schutzpflichtebene, so daß diese Auffassung jedenfalls nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung und Literatur steht.

III. RECHTSPRECHUNG ZU DEN SORGFALTS- PFLICHTEN AUF DER LEI- STUNGSEBENE

1. Grundsatz

Zunächst war die Rechtsprechung entsprechend der historischen Wertung des Gesetzgebers fast einhellig der Ansicht³, daß im Bürgschaftsverhältnis § 242 BGB keine Anwendung findet, da der Bürgschaftsvertrag ein einseitig verpflichtender Vertrag sei. Da der Gläubiger keine Leistung an den Bürgen zu erbringen hat, muß er ihm gegenüber auch keine Sorgfaltspflichten erfüllen. Der BGH⁴ begründete die Verneinung der Sorgfaltspflichten mit dem einseitig verpflichtenden Charakter der Bürgschaft. Von dem Grundsatz, daß dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen keine Pflichten aus § 242 BGB obliegen, wich er in eng begrenzten Ausnahmefällen ab; dabei scheint er den sozialstaatlichen Veränderungen und einer geänderten Verkehrsanschauung Rechnung zu tragen. Der BGH betonte jedoch immer wieder, daß der Gläubiger zwar keine

1) vgl. unten § 5 III

2) vgl. unten § 5 IV

3) RG JW 1918, 59; RG HRR 1930, Nr. 212; RG WarnR 1908, Nr. 370; 1915, Nr. 17; RG Recht 1907, Nr. 2445; Nr. 3493; 1914 Nr. 2870; a.A. OLG München, Recht, 1904 Nr. 627; OLG Dresden 1905, Nr. 1660; OLG Karlsruhe, Recht 1908, 1727; OLG Hamburg, Recht 1911, Nr. 714

4) RG HRR 1935, Nr. 926; 1938, 510; BGH WM 1959, 1072; 1960, 640; 1963, 24; 1967, 366; 1971, 614; BGH DB 1974, 281; BGH MDR 1975, 135; a.A. OLG München NJW 1976, 1096; OLG Düsseldorf 1973, 1236

Sorgfaltspflichten, auch nicht als Nebenpflichten, gegenüber dem Bürgen habe, aber dennoch Treu und Glauben zu wahren habe. Diese Rechtsprechung scheint widersprüchlich zu sein, denn einerseits heißt es, daß der Gläubiger keine Sorgfaltspflichten auch nicht als Nebenpflichten zu erfüllen habe, aber andererseits habe er dennoch Treu und Glauben zu wahren und in eng umgrenzten Ausnahmefällen im Interesse des Bürgen tätig zu werden. Die Belange des Bürgen hat der Gläubiger aber nur zu berücksichtigen, wenn ihm eine entsprechende Pflicht aus § 242 BGB obliegt. Nach der hier verwendeten Terminologie handelt es sich dabei um eine weitere Verhaltenspflicht.¹ Wenn man den Begriff Sorgfaltspflichten dahingehend auffaßt, daß darunter die hier als Nebenleistungspflichten² bezeichneten Pflichten zu verstehen sind, dann ist die Auffassung der Rechtsprechung nicht mehr in sich widersprüchlich. Bei Anwendung dieser Terminologie würde es nämlich heißen müssen: Der Gläubiger hat gegenüber dem Bürgen keine Nebenleistungspflichten zu erfüllen, er hat jedoch, soweit es Treu und Glauben erfordern, weitere Verhaltenspflichten zu beachten.

2. Sorgfaltspflichten vor Abschluß des Bürgschaftsvertrages

a) Aufklärungspflichten

Bevor ein in Aussicht genommener Bürge die Bürgschaftserklärung abgibt, wird er normalerweise versuchen, das Risiko seiner Inanspruchnahme aus der Bürgschaft einzuschätzen; deshalb kann der Gläubiger regelmäßig davon ausgehen, daß der Bürge vor Vertragsschluß die damit verbundenen Gefahren erkennt.

Der Bürge wird vor Abgabe der Bürgschaftserklärung die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners überprüfen. Dabei kann

1) vgl. oben § 4 II 1

2) vgl. oben § 4 I

sich der in Aussicht genommene Bürge die für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit notwendigen Informationen entweder vom Hauptschuldner selbst oder vom Gläubiger oder von dritten Personen beschaffen. Inwieweit eine Verpflichtung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen besteht, die für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit notwendigen Auskünfte zu geben und Unterlagen vorzulegen, richtet sich nach dem Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner.¹

Obwohl der Gläubiger in aller Regel schon aus eigenem Interesse die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners überprüft hat, ist er nach der ständigen Rechtsprechung sowohl des RG² als auch des BGH³ grundsätzlich nicht verpflichtet, den Bürgen über die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners aufzuklären, weil der Gläubiger aufgrund des Bürgschaftsvertrages nur Rechte erwerbe, aber keine Pflichten zu erfüllen habe.

Der Gläubiger könne sich auf die Verfolgung seiner eigenen Interessen beschränken und brauche grundsätzlich nichts zur Wahrung der entgegengesetzten Interessen des Bürgen zu tun.⁴

Danach ist der Gläubiger grundsätzlich nicht verpflichtet, den Bürgen über seine Beziehungen zum Hauptschuldner und über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauptschuldners aufzuklären.⁵

In einigen Ausnahmefällen hat die Rechtsprechung diesen Grundsatz durchbrochen und sich auf das Gebot von Treu und

-
- 1) Das Grundverhältnis wird in der Regel ein Auftrag (§§ 662 ff BGB) oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff BGB) sein (Palandt-Thomas Einf. v. § 765 Anm. 1 h; BGB-RGRK-Mormann § 765 Rdnr. 12)
 - 2) RGZ 91, 80; RG JW 1933, 2826; RG HRR 1935 Nr. 926; 1936 Nr. 396; 1938 Nr. 1459; RG Seuff A 72 Nr. 52 S. 86;
 - 3) BGH WM 1956, 885; 1963, 24; 1966, 944;
 - 4) RGZ 75, 271; 91, 80; RG JW 1933, 2826; RG HRR 1935 Nr. 926; 1936 Nr. 396; 1938, 1459; RG Seuff A 72 Nr. 52 S. 86; BGH WM 1956, 885; 1963, 24; 1966, 944
 - 5) RG HRR 1935 Nr. 926; 1936 Nr. 396; 1938 Nr. 1459; RGZ 91, 80; RG Seuff A 72, Nr. 52, S. 86; BGH WM 1956, 885;

Glauben berufen; im Bürgschaftsverhältnis müsse § 242 BGB wie in jedem anderen Rechtsverhältnis auch gelten, jedoch sei eine Aufklärungspflicht nur anzunehmen, wenn ein besonders schwerer Verstoß gegen die Belange des Bürgen vorliegt.¹ Der BGH² hat eine Aufklärungspflicht des Gläubigers gegenüber Bürgen im folgenden Fall für möglich gehalten:

Der beklagte Bürge hatte mit der Gläubigerin, einer Sparkasse, vereinbart, daß nur er und der Schuldner gemeinsam über den gesicherten Kredit verfügen können. Zu diesem Zweck wurde ein Kreditkonto errichtet, von dem aus die kreditierten Beträge auf ein Geschäftskonto vom Schuldner und Bürgen gemeinsam überwiesen werden. Die Klägerin gewährte dem Schuldner in der Folgezeit nicht nur über das Kreditkonto, sondern auch über das Geschäftskonto Kredite. Da das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hatte, ob der Bürge bei der Übernahme von Bürgschaften für weitere Kredite davon Kenntnis hatte, wurde die Entscheidung aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Der BGH hat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts³ seiner Entscheidung die Auffassung zugrunde gelegt, daß es den Gläubiger in der Regel nicht zuzumuten sei, gegenüber dem in Aussicht genommenen Bürgen die Verhältnisse des Hauptschuldners und seine geschäftlichen Beziehungen zu ihm aufzudecken. Nur unter ganz besonderen Umständen, die in diesem Fall nicht vorliegen, könne eine Aufklärungspflicht entstehen. Solch entscheidende Umstände waren nach Auffassung des BGH die Tatsache, ob der Bürge über die wesentlichen Bewegungen auf dem Geschäftskonto informiert war, ob er im Verhältnis zum Schuldner eine so starke Stellung hatte, daß er das Risiko selbst überwachen konnte⁴ und

-
- 1) Besteht eine Aufklärungspflicht, so kann deren Verletzung nicht nur unter dem Gesichtspunkt der arglistigen Täuschung (§ 123 BGB), sondern auch unter dem des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen rechtlich Bedeutung gewinnen (BGH WM 1968, 398 f)
 - 2) BGH WM 1963, 24 (27)
 - 3) RGZ 91, 80 (82); RG Seuff Arch 89, 140 (141); RG Lz 1930, 179; RG JW 1933, 2828 f; vgl. auch BGH WM 1956, 885 (888);
 - 4) Auf diesen Gesichtspunkt weist auch BGH WM 1961, 392 (393) hin.

insbesondere, ob er während der Verhandlungen von irrigen Vorstellungen über das Kreditverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ausging. Für die Frage, ob die Gläubigerin in diesem Fall den Bürgschaftsanspruch verwirkt hat, kommt es entscheidend nicht auf die Einzelheiten an, sondern ob ihr bei Gesamtbewertung ihres Verhaltens der Vorwurf grober Treuwidrigkeit gegenüber dem Bürgen gemacht werden könne, der die Folge rechtfertigt, daß dem Beklagten nicht zuzumuten ist, seine Bürgschaftsverpflichtung zu erfüllen. Dies könne jedoch nur dann der Fall sein, wenn sie entweder auf die Bürgschaftsverpflichtung selbst eingewirkt hat oder dem Bürgen die Möglichkeit genommen hat, Maßnahmen zu seiner Sicherung zu treffen, denn man dürfe nicht aus den Augen verlieren, daß der Bürge bewußt ein Risiko dadurch übernimmt, daß er seine Verbindlichkeit von dem Verhalten des Hauptschuldners abhängig macht, und daß der Gläubiger seinen Interessen grundsätzlich den Vorrang von denjenigen des Bürgen geben darf.

Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz, daß der Gläubiger den Bürgen nicht über seine Beziehungen zum Schuldner aufklären müsse, ist nach Auffassung des BGH¹ dann zuzulassen, wenn der Gläubiger beim Bürgen erkennbar einen Irrtum über Tragweite und Umfang des mit der Bürgschaft übernommenen Risikos verursacht. Dieser Entscheidung lag der Fall zugrunde, daß der Bürge nach dem Wortlaut der Bürgschaftsurkunde sich für zwei Forderungen verbürgt hatte, jedoch aufgrund der Verhandlungen annehmen mußte, daß nur eine Forderung gesichert werden sollte.

Zu dem gleichen Ergebnis kam der BGH² in einem Fall, in dem der Bürge aufgrund des ihm zur Unterschrift vorgelegten Formulars des Gläubigers annahm, daß er sich für die Finanzierungsdarlehen verpflichtete, wobei es sich tatsächlich um ein Bardarlehen handelte. Der Gläubiger hätte in diesem Fall erkennen müssen, daß er beim Bürgen diesen Irrtum veranlaßt hat und daß diese Tatsache von wesentlicher Bedeutung für

1) BGH WM 1966, 944

2) BGH WM 1968, 398

den Entschluß des Bürgen war, da sich daraus eine völlig unterschiedliche Risikoeinschätzung ergeben kann. Macht sich der Bürge falsche Vorstellungen über die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners oder macht er sich ansonsten falsche Vorstellungen über die Gefährlichkeit des Geschäfts, so ist der Gläubiger, soweit er den Irrtum nicht veranlaßt hat, nicht zur Aufklärung verpflichtet, da er grundsätzlich davon ausgehen kann, daß der Bürge das übernommene Risiko kennt.

Für den vom Gläubiger nicht verschuldeten Irrtum gelten die allgemeinen Regeln des § 119 BGB. Der BGH¹ ist der Ansicht, daß der Irrtum über den Wert anderer bestehender Sicherheiten ein unbeachtlicher Motivirrtum sei. Zwar liegt bei einem Irrtum über das Bestehen wirksam bestellter anderer Sicherheiten ein beachtlicher Inhaltsirrtum vor², doch ist der Wert dieser Sicherheiten als solcher keine Eigenschaft der Sache im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB³.

Dem Bürgen steht gegenüber dem Gläubiger dann ein Anfechtungsrecht nach § 119 BGB zu, wenn er sich über das Bestehen anderer Sicherheiten irrt.⁴ Ein Irrtum über den Inhalt einer Willenserklärung liege dann vor, wenn sich der Irrtum auf einen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes bezieht. Wenn der Bürge also bei der Abgabe der Bürgschaftserklärung annimmt, daß für die zu verbürgende Schuld eine weitere Sicherheit rechtswirksam bestellt ist, dann irrt er sich nicht nur über ein Motiv, sondern es liegt gleichzeitig ein beachtlicher Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung vor.⁵ Nach Auffassung des RG ist dieser Irrtum dann beachtlich, wenn der Bürge sich nur für eine auch anderweitig gesicherte Forderung verbürgen will, da er sich dann über

1) BGH WM 1966, 92 (94)

2) RGZ 75, 271 (272 f)

3) std. Rspr. vgl.: BGB-RGRK § 119 Rdnr. 21; Palandt-Heinrichs § 119 Anm. 4 c

4) vgl. zum folgenden insbesondere RGZ 75, 271 ff

5) ein Motivirrtum kann gleichzeitig ein Inhaltsirrtum sein; vgl. RGZ 62, 201; 116, 17; 149, 239; a.A. Sorgel-Hefermehl § 119 Bem. 27; Palandt-Heinrichs § 119 Anm. 3b

den Inhalt und Umfang seiner Vertragsleistung irrt; denn ist die Verbindlichkeit durch andere Sicherheiten zusätzlich gesichert, erwirbt er mit der Bürgschaft gleichzeitig ein "bedingtes Anrecht" auf die weiteren Sicherheiten gemäß §§ 774, 412, 401 BGB. Gegen diese Auffassung spricht aber, daß kein Widerspruch zwischen dem tatsächlich Erklärten und dem, was der Bürge erklären wollte, denn der Bürge wollte ja eine Willenserklärung dieses Inhalts abgeben, er irrte sich nur bei der Willensbildung, denn er setzte voraus, daß vor seiner Erklärung schon weitere Sicherheiten bestellt seien.¹ Dieser Fall könnte möglicherweise ein Fall des Irrtums über die gemeinsame Geschäftsgrundlage sein.

Ein Irrtum des Bürgen über die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners führt jedoch nie zu einem Anfechtungsrecht gemäß § 119 Abs. 2 BGB. Zwar muß sich der Irrtum über die Eigenschaft einer Person nicht auf den Erklärungsgegner beziehen, sondern kann sich auf jede andere an dem Rechtsgeschäft beteiligte Person beziehen¹, also auch auf den Schuldner und ist die Kreditwürdigkeit als verkehrswesentliche Eigenschaft anerkannt², doch ist dies gerade bei der Bürgschaft nicht anwendbar, denn der Bürge übernimmt schlechthin und uneingeschränkt das Risiko einer sich möglicherweise ergebenden Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners.³ Würde man diese Anfechtung zulassen, so wäre die Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel völlig ungeeignet, denn der Bürge könnte rückwirkend seine Verpflichtung durch Anfechtung wegen Irrtums über die Kreditwürdigkeit des Schuldners beseitigen (§§ 119 Abs. 2, 142 Abs. 1 BGB).

Auf der anderen Seite kann der Bürge den Bürgschaftsvertrag dann wegen arglistiger Täuschung anfechten, wenn der Gläubiger bewußt Tatsachen verschweigt, durch die der Irrtum des Bürgen beseitigt hätte werden können.

Das RG⁵ nahm an, daß optimistische Äußerungen des Gläu-

1) Griesen JR 1971, 403

2) RGZ 158, 170; Palandt-Heinrichs § 119 Anm. 4 a

3) Lindacher MDR 1975, 797 m. w. Nachw.

4) RG WarnR 1915, 198

5) JW 1936, 988

bigers¹ über die "Entwicklung eines Werkes oder dessen Ertragnisse", insbesondere die Aussage, daß die zukünftigen Erträge für die ordnungsgemäße Bedienung des Darlehens ausreichen würden, dann als arglistige Täuschung anzusehen sind, wenn der Bürge diese Aussagen nach der Verkehrsauffassung als bindend betrachten durfte. Nach der Auffassung des RG ist bereits dann, wenn der Gläubiger mit einem solchen Verständnis beim Bürgen rechnen mußte, ein Vorspiegeln falscher Tatsachen anzunehmen.

Nach der Rechtsprechung des BGH² liegt auch dann eine arglistige Täuschung vor, wenn es dem Bürgen erkennbar auf eine Mittelverwendungskontrolle³ ankommt und der Gläubiger verschweigt, daß diese nicht vorgenommen werden wird, denn dann hat er es unterlassen, den Bürgen über eine für seine Willensentschließung wesentliche Tatsache aufzuklären.

Bei einem beiderseitigen Irrtum ist die Lehre von dem Wegfall der Geschäftsgrundlage zwar nicht unanwendbar, aber eine Vertragsanpassung kann nur nach ganz besonders vorsichtiger Abwägung an Hand aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles erfolgen.⁴ Sie können nicht zur Anwendung kommen, wenn der Irrtum auf objektiv falsche Zwischenbilanzen beruht, die zu einer falschen Einschätzung der Rentabilität führen, da nach der Lebenserfahrung dies nicht die einzige Entscheidungsgrundlage für die Bürgschaftsvergabe ist.⁵ Aus dem Sicherungszweck der Bürgschaft ergibt sich jedenfalls, daß die Kreditwürdigkeit kein Bestandteil der Geschäftsgrundlage ist und deren Verschlechterung nicht zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führt.⁶ Jedoch können Umstände außer-

-
- 1) Wenn der Hauptschuldner den Bürgen, wie üblich (RGZ 91, 80; BGH WM 1962, 576; Mormann WM 1968, 667) selbst beibringt, so hat der Gläubiger dennoch für eine Täuschung durch den Hauptschuldner einzustehen, wenn dieser als Vertrauter des Gläubigers auftritt. (BGH WarnR 1965, Nr. 86, S. 160; BGH WM 1966, 92)
 - 2) WM 1962, 1393
 - 3) Darunter versteht man die Überprüfung, ob der Kredit für den beantragten Zweck verwendet wurde.
 - 4) RGZ 158, 166 ff; RG HRR 1938 Nr. 1459
 - 5) RGZ 158, 166 ff
 - 6) BGH NJW 1965, 438; 1966, 449

halb des Bürgschaftsrisikos, wie beispielsweise die Erwartung, daß der Gläubiger gegen den Schuldner keine Strafanzeige erstattet⁷, Geschäftsgrundlage werden.⁸

b) Auskunftspflichten

Auch auf Befragen des Bürgen muß der Gläubiger keine Angaben über den Hauptschuldner machen, er muß jedoch die Erteilung von Auskünften ausdrücklich ablehnen.³ Dabei kann es dem Gläubiger auch aus rechtlichen Gründen verwehrt sein, Tatsachen, die den Hauptschuldner betreffen, dem Bürgen bekannt zu geben.⁴ Macht jedoch der Gläubiger von sich aus Angaben oder gibt er auf Befragen durch den Bürgen Auskünfte über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners, so müssen seine Auskünfte sowohl wahr als auch vollständig sein.⁵ Die Vollständigkeit der Angaben bedeutet dabei nicht etwa, daß der Gläubiger seine gesamten Kenntnisse über den Hauptschuldner dem Bürgen mitteilen muß, vollständig sind die Angaben vielmehr schon dann, wenn der Gläubiger dem Bürgen all das, was er erkennbar zur Grundlage seiner Entscheidung machen könnte, mitteilt⁶, und wenn durch das Verschweigen anderer Umstände kein falsches Bild für den Bürgen entsteht.⁷

1) BGH WM 1973, 36; 1973, 752; DB 1974, 2244

2) BGH NJW 1966, 449

3) RGZ 91, 80; 120, 252; RG JW 1933, 2826 (2828); RG HRR 1936, Nr. 396; RG Seuff A 72, Nr. 52, S. 86;

4) RGZ 91, 80

5) z.B. RGZ 91, 80

6) RGZ 91, 80 (82); 120, 252; RG JW 1933, 2826 (2828) mit zust. Anm. v.E. Ulmer JW 1933, 2826; RG Seuff A 89, 140 (141)

7) RG HRR 1935, Nr. 926

3. Sorgfaltspflichten während der Dauer des Bürgschaftsverhältnisses

Nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages und Auszahlung des Kredits obliegen dem Gläubiger nur noch in ganz geringem Maße weitere Verhaltenspflichten; fast alle Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber dem Bürgen bedürfen einer vertraglichen Grundlage.¹

a) Aufklärungspflichten

Das RG² war der Auffassung, daß keinerlei gesetzliche Verpflichtung des Gläubigers besteht, den Bürgen über Vorgänge, die die gesicherte Forderung betreffen, zu unterrichten. Da für den Gläubiger grundsätzlich keine Verpflichtung besteht, die Interessen des Bürgen zu wahren³, muß er sich selbst durch Aufmerksamkeit und andere Erkundigungen vor Schaden bewahren.⁴ Eine Aufklärungspflicht kann sich regelmäßig nur aus einer besonderen vertraglichen Vereinbarung ergeben.⁵

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich nicht, daß der Gläubiger verpflichtet ist, den Bürgen über einen Zahlungsverzug des Hauptschuldners aufzuklären oder ihn von einer gewährten Stundung zu benachrichtigen, er hat auch nicht im Interesse des Bürgen die Zwangsvollstreckung zu betreiben oder ihm über deren Unterlassung Bericht zu erstatten.⁶ Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, den Bürgen von der Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens zu

-
- 1) BGH WM 1967, 366; 1968, 1391; 1971, 614; RG HRR 1930, Nr. 212, Nr. 312; RG WarnR 1916, Nr. 129, S. 205 f
 - 2) RGZ 65, 134; RG JW 1918, 59 f; RG HRR 1930, Nr. 212, Nr. 312
 - 3) RG HRR 1930, Nr. 212, Nr. 312
 - 4) RG WarnR 1916, Nr. 129
 - 5) BGH WM 1967, 366; 1968, 1391; 1971, 614; RG HRR 1930 Nr. 212, Nr. 312; RG WarnR 1916, Nr. 129
 - 6) RG JW 1918, 59 f

informieren¹ oder bei seinem Vorgehen gegen den Schuldner die Interessen des Bürgen zu wahren², da durch den gesetzlichen Forderungsübergang (§ 776 BGB) die Interessen des Bürgen ausreichend gewahrt sind. Eine Verpflichtung, dem Bürgen Änderungen, die sich auf die gesicherte Forderung beziehen, mitzuteilen, entsteht auch dann nicht, wenn der Gläubiger solche Mitteilungen aus Gefälligkeit mehrmals gemacht hat³ oder wenn dies der bisherigen geschäftlichen Übung zwischen den Parteien entsprach.⁴ Ohne eine ausdrückliche Vereinbarung ist der Gläubiger dazu nicht verpflichtet; selbst wiederholte Gefälligkeitsleistungen können vom Bürgen nicht als Übernahme einer Verpflichtung verstanden werden. Grundsätzlich kann sich der Gläubiger, wenn er einen weiteren Kredit gewähren will, von seinen eigenen Interessen leiten lassen; er benötigt dazu weder die Zustimmung des Bürgen, noch muß er ihm davon Mitteilung machen.⁵

Das RG⁶ hält den Gläubiger dann für verpflichtet, dem Bürgen eine solche Mitteilung zu machen, wenn es sich um eine vom Erblasser übernommene unbeschränkte Kreditbürgschaft handelt und die Erben in keinerlei Beziehung mit dem Hauptschuldner stehen, denn er muß damit rechnen, daß die Erben von ihrem Kündigungsrecht analog §§ 626, 723 BGB Gebrauch machen.

In einem anderen Fall hatte der Zweigstellenleiter einer Bank gemeinsam mit dem Hauptschuldner gänzlich unüblich Geschäfte gemacht; das RG⁷ hielt daher den Gläubiger für verpflichtet den Bürgen darauf hinzuweisen, damit er geeignete Maßnahmen zu seinem Schutz ergreifen könne.

1) RGZ 65, 134

2) RG HRR 1930, Nr. 212, Nr. 312

3) RG WarnR 1916, Nr. 129

4) RGZ 65, 134

5) RG HRR 1930, Nr. 212, Nr. 312; BGH WM 1963, 24; 1967, 367

6) JW 1932, 1655 mit zust. Anm. v. Erich Jung

7) Seuff A 84 Nr. 174, S. 292

b) Mitwirkungspflicht

Bei der Kreditbürgschaft ergibt sich aus dem Gebot von Treu und Glauben jedenfalls keine Verpflichtung des Gläubigers, die zur Sicherung übertragenen Pfänder zu kontrollieren¹, die zur Sicherung übereigneten Gegenstände zu bewachen oder gegen Diebstahl zu versichern.² Der Gläubiger ist auch nicht verpflichtet, im Interesse des Bürgen von dem vertraglichen Recht gegenüber dem Hauptschuldner, den Zeitwert neu schätzen zu lassen und die Sicherungsübereignung weiterer Gegenstände zu verlangen, Gebrauch zu machen.³ Dieser Entscheidung des BGH lag der Fall zugrunde, daß der Bürge als Onkel des Hauptschuldners auf ihn großen persönlichen und geschäftlichen Einfluß hatte und dadurch ohne weiteres das geschäftliche Verhalten des Hauptschuldners kontrollieren und beeinflussen konnte.

Für die besondere Form der Dienstbürgschaft hat das RG⁴ entschieden, daß eine Inanspruchnahme des Bürgen nicht mit § 242 BGB zu vereinbaren sei, wenn der Gläubiger, obwohl er jahrelang durch den Bürgen über die Dienstverletzungen des Bediensteten unterrichtet wurde, von seiner Aufsichtspflicht keinen Gebrauch gemacht hat.

Der Gläubiger ist bei einer Kreditbürgschaft nicht verpflichtet, die Darlehensvaluta erst mit der Genehmigung des Bürgen auszuzahlen.⁵ Er hat auch keine dahingehende Obliegenheit, daß er eine weitere Kreditgewährung nur mit der Zustimmung des Bürgen vornehmen darf⁶, vielmehr kann er sich grundsätzlich von seinen eigenen Interessen leiten lassen. Der Bürge darf jedoch darauf vertrauen, daß der Gläubiger die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners überprüft hat und bei schwerwiegenden Zweifeln an der Bonität den Kredit nicht allein deshalb auszahlt, weil er durch die Bürgschaft gesichert ist.⁷

1) RG HRR 1930, Nr. 212, Nr. 312

2) BGH WM 1960, 51

3) BGH WM 1961, 392

4) JW 1937, 3104

5) BGH WM 1956, 885

6) BGH WM 1963, 24, 1967, 367; RGZ 87, 527

7) RGZ 87, 327; BGH WM 1959, 1072

4. Sorgfaltspflichten bei der Verwertung

Im letzten Stadium der Bürgschaft, also wenn der Gläubiger vom Bürgen Zahlung verlangt, unterscheidet die Rechtsprechung für die dabei gebotene Rücksichtnahme nur zwischen Kreditbürgschaft und Ausfallbürgschaft.

a) Kreditbürgschaft

Wenn der Gläubiger den Hauptschuldner veranlaßt, nicht zu zahlen, hat der Bürge die Einrede der Arglist, es sei denn, der Hauptschuldner hätte sowieso aus wirtschaftlich zwingenden Gründen keine andere Möglichkeit gehabt.¹ Grundsätzlich kann vom Gläubiger keine Aufopferung verlangt werden, soweit der Bürge sich selbst zu schützen vermag.² So braucht der Gläubiger nicht eine andere Sicherheit im Interesse des Bürgen zu verwerten, um wenigstens eine teilweise Tilgung seiner Forderung zu erreichen³, es sei denn, es besteht hierzu eine besondere vertragliche Verpflichtung.

Vom Gläubiger kann auch nicht verlangt werden, daß er ein Darlehen im Interesse des Bürgen kündigt, um auf diese Weise dessen Regreßanspruch zu sichern.⁴

b) Ausfallbürgschaft

Bei der Ausfallbürgschaft ist der Hauptschuldner grundsätzlich verpflichtet, alles ihm Zumutbare zu tun, um seine Forderung zu sichern und eine vollständige Erfüllung zu erreichen.⁵ Für den fahrlässig verschuldeten Forderungsausfall hat der Bürge nicht einzustehen. So kann der Gläubiger

1) BGH WM 1966, 317

2) RG Seuff A 70, Nr. 103, S. 180

3) RG Seuff A 70, Nr. 103, S. 180

4) RG Seuff A 70, Nr. 233, S. 427

5) RGZ 145, 167

den Bürgen nicht in Anspruch nehmen, wenn er versäumt, die zur Sicherung abgetretene Forderung rechtzeitig geltend zu machen¹ oder wenn er aufgrund eines mit dem Hauptschuldner abgeschlossenen Vertrages mit einem Teil der Hauptforderung ausfällt.²

IV. DIE AUFFASSUNG DER LEHRE ZUR SORGFALTSPFLICHT

1. Grundsätzlich keine Sorgfaltspflicht des Gläubigers

Die heute herrschende Meinung in der Literatur ist ebenso wie die Rechtsprechung der Auffassung, daß der Gläubiger gegenüber dem Bürgen grundsätzlich keine Sorgfaltspflichten zu erfüllen hat.³ In Übereinstimmung mit der Begründung des ersten Entwurfs zum BGB⁴ wird darauf verwiesen, daß weitere Verhaltenspflichten für den Gläubiger dem Charakter der Bürgschaft als streng einseitigem Vertrag widersprächen und daß der Gläubiger durch die Bürgschaft durch die Belastung des Gläubigers mit Sorgfaltspflichten ihren Wert als Kredit-sicherungsmittel und ihr Zweck nicht mehr erreicht werden könnte. Die Vorschrift des § 776 BGB sei nicht Ausdruck einer allgemeinen Fürsorgepflicht des Gläubigers, sondern als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen: Der Bürge sei bei

1) RG WarnR 1932, Nr. 60, S. 172

2) RG Seuff A 51, Nr. 178, S. 331

3) Soergel-Knopp § 242 Bem. 120; Palandt-Thomas Einf. vor § 765 Anm. 1 g; GK-HGB-Ratz § 349 Anm. 48; Erman-Wagner, § 766 Anm. 2; BGB-RGRK-Mormann § 765 Rdnr. 10; BGB-RGRK-Fischer § 776 Rdnr. 1; Enneccerus-Lehmann § 195 IV 1; Eisenhardt MDR 1968, 541; Feuerherdt, Bl.f. Genossenschaftswesen 1963, 58; Herold, Das Kreditgeschäft der Banken, S. 220; Molitor Schr II § 22 IV 2, S. 141; Mormann WM 1963, 930 (934); 1968, 666 (679); 1974, 962 (964); Merz WM 1977, 1270 (1277); 1980, 230 (235); Schinnerer, Bankverträge II, S. 115; Scholz, Das Recht der Kreditsicherung S. 226; Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch S. 427; Planck § 776 Anm. 1 ff; Oertmann § 776 Anm. 1 ff; GK-HGB Staub (1. Aufl.) § 349 Anm. 33

4) Motive II S. 678 ff

einem so offensichtlich riskanten Geschäft zu erhöhter Wachsamkeit und selbst zur Wahrung seiner Interessen aufgerufen.¹

Nur in ganz eng begrenzten Ausnahmefällen könnten dem Gläubiger Rechtspflichten gegenüber dem Bürgen obliegen. Dies könne insbesondere dann gelten, wenn sich der Gläubiger bei Abschluß des Vertrages oder Durchsetzung der Forderung in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setze.²

2. Abweichende Meinungen

Diese Auffassung wurde schon vor Inkrafttreten des BGB kritisiert.³ Abweichende Stimmen tauchen in der Literatur nur vereinzelt auf.⁴ Viele Autoren treten für eng umgrenzte Sorgfaltspflichten ein, während Knütel⁵ eher für umfassendere Sorgfaltspflichten eintritt.

-
- 1) Mormann WM 1968, 666 (680); ähnlich lapidar RG LZ 1931, 1062
 - 2) BGB-RGRK-Mormann § 765 Rdnr. 10
 - 3) Unger, Jher. Jahrb. 33 (1894) 303, FN 8
 - 4) Stüven, Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen; Marcus, Recht, 1902, 456; Siber, Der Rechtswang im Schuldverhältnis, 1903, S. 247, Knütel (FS Flume S. 559 ff) hat in neuerer Zeit als einziger die Rspr. durch einen Vergleich mit dem Römischen Recht kritisch gewürdigt. Vgl. ansonsten: Marcus, Das Recht, 1902, 456 f; Reichel JW 1929, 469; Ohmeyer, Zentralbl. f.d.jur. Praxis 45 (1927) 161 (177); Cochems, Die Bank 1938, 394; Stötter DB 1968, 603 (606), Palandt-Gramm (20. Aufl.) § 776 Anm. 1; Staudinger-Brändl, Vorbem. v. § 765 Rdnr. 62
 - 5) Knütel FS Flume S. 559

a) Eng begrenzte Sorgfaltspflichten des Gläubigers

Ein Teil der Literatur¹ stellt lediglich fest, daß der ständig von der Rechtsprechung² wiederholte Satz, wonach dem Gläubiger über die sich aus dem Hauptschuldverhältnis ergebenden Verpflichtungen, an deren Schutzwirkungen der Bürge durch § 767 f BGB teil hat, hinaus grundsätzlich keine weiteren Sorgfaltspflichten, auch nicht als Nebenpflichten, träfen, nicht zutreffend sei. Da das Bürgschaftsverhältnis ebenso wie jedes andere Vertragsverhältnis ein Leistungsgefüge sei, muß das Verhalten der Vertragspartner auch dem Grundsatz von Treu und Glauben entsprechen. Da der Bürge durch den Bürgschaftsvertrag einseitig das Risiko der Nichterfüllung einer Schuld eines Dritten auf sich nehme, sei die Bürgschaft im Vergleich zum Austauschverhältnis nur wenig von Treu und Glauben geprägt.⁴

Zur Verdeutlichung wird angeführt, daß man angesichts der zahlreichen Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung eine Sorgfaltspflicht angenommen hat, schwerlich noch davon ausgehen könne, daß das Bürgschaftsverhältnis nicht Treu und Glauben unterliege.⁵ Die Vielzahl der Entscheidungen sei ein Anzeichen dafür, daß sich das Rechtsempfinden der maßgebenden Verkehrskreise geändert habe.

-
- 1) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 29; Esser-Weyers § 40 III; Weber, Sicherungsgeschäft, JuS 1971, 553 (555); Soergel-Knopp § 242 Bem. 53; Marcus Das Recht 1902, 456 f; Reichel JW 1929, 469; Ohmeyer, Zentralbl. f.d.jur. Praxis 45 (1927), 161 (177); Palandt-Gramm (20. Aufl.) § 776 Anm. 1; Staudinger-Brändl, Vorbem. v. § 765 Rdnr. 62; § 776 Rdnr. 1; Stötter, DB 1968, 603 (606); Cochems Die Bank 1938, 394
 - 2) vgl. z.B. RG Seuff A 70 Nr. 103 S. 180 f; RGZ 87, 327 f; 88, 410 f; BGH WM 1960, 51; 1963, 24 f; 1967, 366; 1974 8 (10); 1974, 1129 f vgl. auch Mormann WM 1963, 930; 1974, 962 (964)
 - 3) Esser-Weyers § 40 III; MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 29; Soergel-Knopp § 242 Bem. 53; Marcus, Recht 1902, 456 f; Reichel JW 1929, 469, Schütz ZAkDR 1938, 155; Weber JuS 1971, 553 (555); Unger Jher Jahrb. 33, 303
 - 4) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 29; Esser-Weyers S. 310
 - 5) Knütel FS Flume S. 564; Esser-Weyers S. 310

Bei der Bestimmung der weiteren Verhaltenspflichten des Gläubigers müsse dem Sicherungszweck und dem der Bürgschaft eigentümlichen Risiko besonders Rechnung getragen werden.¹ Als Wertungsgrundsatz sei davon auszugehen, daß der Gläubiger grundsätzlich seinen Interessen den Vorrang geben darf², aber durch die Bürgschaft keinen zusätzlichen Nachlässigkeitsspielraum erhalte.³ Der Bürge darf ein Mindestmaß an Rücksicht und Sorgfalt erwarten, insbesondere ein kaufmännisch übliches Verhalten.⁴

Verletzt der Gläubiger die ihm aufgrund dieser Wertung obliegenden Sorgfaltspflichten, so verwirkt er den Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrag⁵ oder, falls eine künftige Forderung gesichert ist, ist der Bürge zur Kündigung aus wichtigem Grund analog §§ 626, 723 BGB berechtigt.⁶

b) Knütel's Auffassung

In der neueren Literatur hat Knütel⁷ am eingehendsten Kritik an der Rechtsprechung und Literatur geübt. Er zeigt zunächst auf, daß nach dem Römischen und Gemeinen Recht fast einheitlich die Auffassung bestand, daß dem Gläubiger dem Bürgen gegenüber Sorgfaltspflichten obliegen.⁸ Knütel ist der Auffassung, daß allein die Tatsache, daß es sich beim Bürgschaftsvertrag um einen einseitig den Gläubiger berechtigenden Vertrag handelt, nicht geschlossen werden könne, daß der Gläubiger dem Bürgen gegenüber nicht zu Sorgfalt und Rücksichtnahme verpflichtet sei.⁹

- 1) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 29, 36; Klett, Der Schutz des Bürgen, S. 111 f; Stüven S. 134 ff
- 2) Palandt-Thomas § 776 Anm. 1; Schütz ZAkDR 1938, 155; Stüven S. 134 ff
- 3) Palandt-Thomas 776 Anm. 1; Reichel JW 1929, 469
- 4) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 29; Stüven S. 135
- 5) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 40; Soergel-Knopp § 242 Bem. 111; Weber, Sicherungsgeschäfte, S. 16
- 6) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 40; Weber JuS 1971, 553 (555)
- 7) Knütel FS Flume S. 559 ff; zur älteren Literatur vgl.: Stüven, Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, m.w.Nachw.
- 8) Knütel FS Flume S. 560 f und insbes. S. 566 ff
- 9) so auch Stötter, DB 1968 603 (606); Klett, Der Schutz des Bürgen, S. 122

Auch der Bürgschaftsvertrag sei wie jedes andere Schuldverhältnis ein "Organismus" oder "Gefüge", in dem § 242 BGB Anwendung findet und es gäbe andere einseitig verpflichtende Rechtsverhältnisse, in denen der Gläubiger nicht nur Rechte, sondern auch weitere Verhaltenspflichten habe.¹

Der Rückgriff der Rechtsprechung auf § 242 BGB in zahlreichen Entscheidungen zeigt, daß die Ablehnung der Gläubigerpflichten nicht mehr unserem Rechtsempfinden entspricht.² Die schwache Stellung des Bürgen wirke abschreckend und würde dadurch die praktische Bedeutung der Bürgschaft als "schneidiges Kreditsicherungsmittel"³ stark mindern.

Für die Feststellung der weiteren Verhaltenspflichten des Gläubigers sei zu berücksichtigen⁴, daß der Bürge erwarten könne, daß der Gläubiger sich so verhält, wie es in dem jeweiligen Geschäftskreis üblich ist und daß er durch die Bürgschaft keinen zusätzlichen "Nachlässigkeitsspielraum" gewinnen soll. Soweit der Bürge seine Interessen selbst zu schützen in der Lage sei, könne er vom Gläubiger nicht verlangen, daß dieser für ihn tätig werde.

Im Rahmen der "normalen Bürgschaft"⁵ müsse der Gläubiger den Hauptschuldner nicht fortlaufend kontrollieren und könne sich hinsichtlich der Hauptschuld einer gewissen Beruhigung hingeben, jedoch unter dem Vorbehalt, daß der Gläubiger nicht zu Lasten des Bürgen Großzügigkeit üben dürfe.⁶

Der Bürge habe außerdem ein evidentes Interesse an einer Benachrichtigungspflicht des Gläubigers über den Stand der jeweiligen Hauptforderung, da er sonst weder das Befreiungsrecht nach § 775 BGB, noch sein Kündigungsrecht ausüben könne.⁷ Im übrigen könne er sich nicht schützen, wenn der Hauptschuldner in Vermögensverfall geriete, etwa durch

1) Knütel FS Flume S. 562; Weber JuS 1971, 553 (555)

2) Knütel FS Flume S. 569; Esser-Weyers § 40 III

3) Knütel FS Flume S. 564; Stötter MDR 1970, 545 (549)

4) Knütel FS Flume S. 575 f; Stüven S. 135

5) Knütel FS Flume S. 581

6) Knütel FS Flume S. 583 ff; Stüven S. 142 ff

7) Knütel FS Flume S. 583 ff, 585; Stüven S. 158 ff

rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers und Ausübung der Rückgriffsmöglichkeit nach § 774 BGB. Die Benachrichtigungspflicht sei dem Gläubiger auch zuzumuten, selbst wenn es ihm zum Nachteil gereichen würde, da eine Hinweispflicht auch im Falle der Selbstschädigung heute anerkannt sei.¹ Neben dem Recht auf Benachrichtigung habe der Bürge auch ein Recht auf Aufklärung schon mit Beginn der Vertragsverhandlungen, da er sein eigenes Risiko einschätzen können müsse und diesbezügliche Auskünfte des Hauptschuldners nicht ausreichen würden. Da die Bürgschaft ein Dauerschuldverhältnis ist, sei dies auch geboten.² § 776 BGB sei als besondere Ausprägung einer Fürsorgepflicht zu betrachten, nach der der Gläubiger nicht nur zur Erhaltung der anderen Sicherheiten verpflichtet sei, sondern darüberhinaus ergäbe sich eine Schadensabwendungspflicht aus dieser Regelung.³

V. ZUSAMMENFASSUNG

Die Geschichte des Bürgschaftsrechts zeigt, daß sich die Vorschriften im Laufe der Geschichte immer zwischen den beiden Polen der völligen Rechtslosigkeit des Bürgen und dessen überzogenen Schutz hin und her bewegten. Die Verfasser des BGB waren der Auffassung, daß dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen keine Sorgfaltspflichten obliegen, da dies dem einseitig verpflichtenden Charakter der Bürgschaft widerspräche und die Tauglichkeit der Bürgschaft als Kredit-sicherungsmittel beeinträchtigte.

Die Verpflichtung zum Schutz der Integritätsinteressen des Vertragspartners gilt im Bürgschaftsverhältnis genauso wie in jedem anderen Schuldverhältnis.

-
- 1) so auch GK-HGB-Ratz § 349 Anm. 48; Erman-Westermann § 1166 Anm. 1; Klett, Der Schutz des Bürgen S. 122 ff; LG Köln BB 1962, 732
 - 2) Knütel FS Flume S. 586; ähnlich Klett, Der Schutz des Bürgen S. 119 f
 - 3) Knütel FS Flume S. 586 f; ähnlich Klett, Der Schutz des Bürgen S. 120 u. Ohmeyer, Zentralbl. f.d.jur. Praxis 45 (1927) 161 (177); Larenz (SchR BT S. 481 FN 5) hält das für zu weitgehend.

Die Rechtsprechung und ein großer Teil der Lehre gehen davon aus, daß dem Gläubiger aus § 242 BGB keine Sorgfaltspflichten, auch nicht als Nebenpflichten obliegen, da die Bürgschaft ein einseitig verpflichtender Vertrag sei und durch die Imputierung von Sorgfaltspflichten ihren Wert als Kreditsicherungsmittel verlöre.

Der Gläubiger ist danach nicht verpflichtet, den Bürgen über die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners aufzuklären; macht er dennoch Angaben, dann sind an seine Wahrheitspflicht strenge Anforderungen zu stellen.

Während der Dauer des Bürgschaftsverhältnisses bedarf es für jede Pflicht zur Wahrung der Interessen des Bürgen einer vertraglichen Vereinbarung. Bei der Inanspruchnahme des Schuldners hat der Gläubiger, mit Ausnahme von der Ausfallbürgschaft, keine Rücksicht auf die Interessen des Bürgen zu nehmen.

Ein großer Teil der Lehre folgt dieser Ansicht. Vereinzelt wird an dieser Meinung Kritik geübt. Lediglich Knütel hat dargelegt, daß die Auffassung der Rechtsprechung bezüglich der Sorgfaltspflichten während der Dauer des Bürgschaftsverhältnisses einer Korrektur bedürfe, weil es schützenswerte Interessen des Bürgen gibt, die vom Gesetz anerkannt seien und deren Schutz durch den Gläubiger möglich und auch zumutbar ist.

§ 6 DIE INTERESSENLAGE BIS ZUM ABSCHLUSS DES BÜRGSCHAFTS-
=====

VERTRAGES

=====

Aus den Rechtsnormen ergibt sich die abstrakte Wertung der Interessen der Beteiligten eines Rechtsgeschäfts. Dabei ist der Begriff der Interessen als "Begehrensvorstellungen, die die Parteien haben oder haben müssen, wenn sie die ihnen günstigen Rechtsfolgen anstreben" und erreichen wollen, zu verstehen.¹ Die Interessen sind von den gesetzlichen Bewertungsmaßstäben abzugrenzen, an Hand derer die Parteiinteressen zu messen sind.

Das vorrangige Interesse des Gläubigers richtet sich auf die Sicherstellung seiner Forderung; dem Bürgen kommt es entscheidend darauf an, daß er nicht aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird und daß der Hauptschuldner den Kredit² erhält.

I. DIE INTERESSEN DES GLÄUBIGERS

1. Das Sicherungsinteresse

Der Beweggrund, der den Gläubiger einer Forderung dazu veranlaßt, entweder sich selbst einen Bürgen zu suchen oder von dem Hauptschuldner die Stellung eines Bürgen zu verlangen³, ist meist die Befürchtung eines Forderungsausfalls. Der Hauptschuldner hat den Gläubiger in der Regel selbst zu dieser Beurteilung der Bonität veranlaßt; aber auch andere

1) Westermann, Interessenkollisionen, S. 4

2) Die gesicherte Forderung muß nicht unbedingt ein Kredit sein, sondern kann auch jede andere obligatorische Verpflichtung sein. (BGB-RGRK-Mormann § 765 Anm. 3; z.B. RGZ 140, 216)

3) Das ist wohl üblich. vgl. Mormann WM 1963, 930; Hagemüller II S. 16

Gründe, die der Hauptschuldner nicht beeinflussen kann¹, können dieser Beurteilung zugrunde liegen.

Der Gläubiger möchte durch die Bürgschaft in erster Linie die Sicherung seiner Forderung erreichen. Der Sicherungszweck der Bürgschaft steht für ihn im Vordergrund.²

2. Das Gewinninteresse

Neben dem Bestreben, sich vor einem möglichen Forderungsausfall zu schützen, verfolgt der Gläubiger indirekt mit der Bürgschaft auch das Ziel, die Gewährung des Kredits zu ermöglichen und dadurch Gewinne, beispielsweise in der Form von Darlehenszinsen, zu erwirtschaften. Der Gläubiger erwartet nämlich, daß der Schuldner mit dem Kredit weiter arbeiten und selbst verdienen kann, so daß die Rückzahlung einschließlich der üblichen Zinsen gewährleistet ist.³ Durch die Förderung des legitimen Profitinteresses des Hauptschuldners verfolgt er zugleich sein eigenes Gewinninteresse.

Das Gewinninteresse des Gläubigers wird aber auch dadurch gefördert, daß er durch die Vergabe des Kredits keine zusätzlichen Pflichten, die normalerweise mit einem Aufwand verbunden sind, zu erfüllen hat. Das Interesse des Gläubigers ist daher darauf gerichtet, daß er sich um die Forderung wegen der gestellten Sicherheit nicht mehr zu kümmern braucht.⁴

3. Das Verwertungsinteresse

Üblicherweise steht dem Gläubiger bei der zwangsweisen Durchsetzung seiner Forderung als Haftungsmasse nur das

1) z.B. bei Exportgeschäften, politischen Wirren oder instabiler Währung

2) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 1

3) Westermann, Interessenskollisionen S. 8

4) Westermann, Interessenskollisionen S. 9

Vermögen des Schuldners in seinem wechselnden Bestand zur Verfügung.¹ Wenn sich aber ein zahlungsfähiger Dritter für die Forderung verbürgt hat, dann hat er als zusätzliche Haftungsmasse das Vermögen des Bürgen.² Im Fall eines Konkurses oder Vergleichs kann er den Teil seiner Forderung, der nicht durch die Konkurs- oder Vergleichsmasse gedeckt ist, vom Bürgen verlangen.³ Der Gläubiger einer verbürgten Forderung steht insofern also besser als der ungesicherte Gläubiger da.

II. DIE INTERESSEN DES BÜRGEN

1. Das Sicherungsinteresse

Gläubiger und Bürgen haben regelmäßig nur die Sicherung einer Forderung als gemeinsames Interesse.⁴ Während der Gläubiger aus eigensüchtigen Motiven die Sicherung der Forderung anstrebt, handelt der Bürge regelmäßig aus altruistischen Gründen. Dabei spielt es nur eine untergeordnete Rolle, ob der Bürge durch die Bürgschaft auch seine eigenen Ziele verfolgt. Die Abgabe der Bürgschaftserklärung erfolgt jedenfalls im Interesse des Hauptschuldners.

Die Überlegungen des Bürgen, die ihn zur Abgabe der Bürgschaft veranlaßt haben, bilden nur zusätzliche, untergeordnete Motive. Gleichgültig ist dabei, ob es sich um eine der Haupttätigkeiten eines Unternehmens handelt oder ob die öffentliche Hand aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen sich verbürgt hat.

1) Larenz, SchR BT § 2 IV

2) Larenz, SchR BT § 64 I

3) vgl. §§ 193 KO, 82 Abs. 2 VerglO. Insofern begrenzt der Sicherungszweck die Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung

4) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 1

Die weiteren Motive des Bürgen können aber dann zum Vertragszweck werden, wenn sie ausdrücklich vereinbart werden oder die Geschäftsgrundlage des Bürgschaftsvertrages sind.¹

2. Das Bewahrungsinteresse

Neben dem Sicherungsinteresse ist das Bewahrungsinteresse, also das Interesse am Nichteintritt des Bürgschaftsfalles, das Hauptinteresse des Bürgen.

Nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages hat es regelmäßig nur noch der Hauptschuldner in der Hand, ob die Zahlungsverpflichtung des Bürgen entsteht. Da die Bürgschaftserklärung vom Verpflichteten regelmäßig ohne eigenen Nutzen abgegeben wird, hat er ein ganz besonderes Interesse an der Erhaltung des status quo seines Vermögens, also auch an der rechtzeitigen und ordnungsgemäßen Erfüllung der Hauptforderung. Wenn der Bürge kein Hazadeur sein will, muß er deshalb versuchen, vor Abschluß des Bürgschaftsvertrages alle wesentlichen Tatsachen, die eine Beurteilung der Bonität des Hauptschuldners ermöglichen, zu erhalten und darüberhinaus bestrebt sein zu erfahren, wie andere die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners einschätzen.

Für die Beurteilung des Bürgschaftsrisikos wird der potentielle Bürge zwar in erster Linie die Bonität des Hauptschuldners überprüfen, aber daneben in seine Überlegungen auch das Bestehen anderer Sicherheiten, die Beziehungen zwischen Hauptschuldner und Gläubiger und die Vertragsgestaltung mit einbeziehen.

Im folgenden sollen einige Beurteilungskriterien, deren Kenntnis für den Bürgen die Grundlage für die Durchsetzung seines Bewahrungsinteresses ist, dargestellt werden.

1) BGH WM 1966, 28; 1973, 752

- a) Die Kreditwürdigkeit des Schuldners als wesentlicher Faktor für die Beurteilung des Bürgschaftsrisikos

aa) Der Begriff der Kreditwürdigkeit

Seit dem Zweiten Weltkrieg wird zumeist unter Kreditwürdigkeit¹ "das mehr oder minder begründete Vertrauen des Kreditgebers auf die Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit des Kreditnehmers, die Verpflichtungen aus dem Kreditgeschäft zu erfüllen"², verstanden. Diese Bedeutung entspricht dem in der Bankpraxis gebräuchlichen Begriff der Bonität.

bb) Die Aufgabe der Kreditwürdigkeitsprüfung

Die Kreditwürdigkeitsprüfung dient allgemein dazu, die Entscheidung des Darlehensgebers über die Kreditgewährung anhand der zugrunde zu legenden wirtschaftlichen Verhältnisse und der unternehmerischen Fähigkeiten des Kreditnachfragers vorzubereiten.³ Die Kreditwürdigkeit ist zwar als verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB anerkannt⁴, doch begründet ein Irrtum darüber für den

1) Die Kreditwürdigkeit ist zu unterscheiden vom Kreditrisiko, das die mit der Ausleihung von Kapital verbundene Gefahr der nicht rechtzeitigen Rückzahlung oder des völligen Ausfalls ist (Kalveram S. 136) und von der Kreditfähigkeit, mit der Geschäftsfähigkeit und ordnungsgemäße Vertretung gemeint ist (Hagenmüller II S. 16)

2) Obst-Hintner S. 253; Einige Autoren verstehen unter Kreditwürdigkeit eine persönliche und charakterliche Eigenschaft des Kreditnachfragers (Mellerovicz, S. 6, der die Eignung, den Kredit wirtschaftlich zu verwenden, als Kreditfähigkeit bezeichnet); andere kennzeichnen dadurch die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens (Hendrikson, S. 15; Falter-Hermanns S. 177); der wohl größte Teil der bankwirtschaftlichen Autoren versteht darunter jedoch beide Eigenschaften (Moxter S. 321; Jährig-Schuck S. 152 f; Obst-Hintner S. 253; Kalveram S. 157; Hagenmüller II S. 16).

3) Hendrikson S. 10; Hagenmüller III S. 399

4) RGZ 158, 170; Palandt-Heinrichs § 119 Anm. 4 a; Lindacher MDR 1975, 797 m.w.Nachw.

Bürgen kein Anfechtungsrecht, denn er übernimmt das Risiko einer sich später möglicherweise ergebenden Zahlungsunfähigkeit schlechthin.¹ Der Erhalt der notwendigen Informationen zur Durchführung einer möglichst korrekten Kreditwürdigkeitsprüfung ist ausschlaggebend für die Beurteilung des Bürgschaftsrisikos.

Selbst wenn der Bürge über alle notwendigen Informationen verfügt, kann dennoch keine exakte Aussage über die zukünftige Zahlungstätigkeit gemacht werden, da zum Zeitpunkt der Beurteilung nur vergangenheitsorientierte Angaben und Unterlagen zur Verfügung stehen.

cc) Die Faktoren der Kreditwürdigkeit

Eine Erläuterung der einzelnen Systeme und der Bestimmungsfaktoren der Kreditwürdigkeit würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.² Aus der Definition der Kreditwürdigkeit ergibt sich, daß sie im wesentlichen von den persönlichen Eigenschaften des Unternehmers und der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens³ abhängt. Alle betriebswirtschaftlichen Autoren betonen, daß für die Kreditwürdigkeit entscheidend ist, ob der Kreditnehmer die Eigenschaften eines echten Unternehmers besitzt.⁴ Die Eigenschaften eines echten Unternehmers las-

1) RG WarnR 1915, 198

2) vgl. dazu z.B.: Hendrikson, Technik der Kreditwürdigkeitsprüfung, 1956; Mellerowicz, Bestimmungsfaktoren der Kreditwürdigkeit, 1957

3) Jährig-Schuck S. 152 ff; Hagemmüller III S. 400

4) Kalveram S. 137 f; Moxter S. 321; Hagemmüller III S. 400; Nach Kalveram (S. 137 f) müssen bei einer solchen Persönlichkeit folgende sieben Eigenschaften vorliegen: "Leistungswille und Initiative, Entscheidungsfähigkeit und Anpassungsfähigkeit, Phantasie und Kombinationsgabe, richtige Einschätzung von geschäftlichen Möglichkeiten, Erkennen von Zielen und Wegen, kalkulatorische Begabung, Personalführung und -motivation, Branchen- und Fachkenntnisse und Markterfahrung, finanzpolitische Erfahrung und Geschick bei Einkauf, Produktion, Verkauf und schließlich Ehrenhaftigkeit, Pflichtbewußtsein und Charakterstärke."

sen sich in vielfältiger Weise beschreiben, jedoch nicht allgemein gültig formulieren. Zwar können aus den bestimmten Tatsachen wertvolle Erkenntnisse zur Beurteilung der persönlichen Eigenschaften des Kreditnachfragers gewonnen werden, jedoch handelt es sich letztendlich immer um eine gefühlsmäßige Entscheidung des Kreditgebers. In der betriebswirtschaftlichen Literatur wird daher betont, daß das Vertrauen in den Kreditnehmer die grundsätzliche Voraussetzung jeder Kreditgewährung ist.¹

Die wirtschaftliche Lage des Unternehmens ist das wichtigste Indiz, das es für die Beurteilung der unternehmerischen Fähigkeiten des Schuldners gibt. Der Bürge wird daher auf ihre Überprüfung besondere Sorgfalt verwenden. Das wichtigste Instrument für die rechnerische Überprüfung der Vermögenslage ist die Bilanz², die jeder Vollkaufmann erstellen muß (§§ 38 HGB; 140, 141 AO).³

Die Handelsbilanz soll zwar "einen möglichst sicheren Einblick in die Vermögens- und Ertragslage" geben (§ 149 Abs. 1 AktG), die Steuerbilanz "einem sachverständigen Dritten innerhalb angemessener Zeit einen Überblick über die Vermögenslage des Unternehmens" (§ 145 Abs. 1 AO) vermitteln, doch reicht der Einblick, den die Bilanzen vermitteln, nicht aus, um ein sicheres Urteil über die Vermögenslage eines Unternehmens abgeben zu können.⁴ Dies liegt daran, daß die Bilanz eine Stichtagsbetrachtung ist (§ 148 AktG) und zum anderen an den verschiedenen Zwecksetzungen der Handels-⁵

- 1) Hagenmüller (III S. 400); Moxter (Die Bank S. 321) bezeichnet sie daher als Charaktereigenschaft, Falter-Hermanns (S. 173) und Hagenmüller (II S. 16) als Sache des Vertrauens. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß ein großer Teil der Konkurse auf mangelnde Erfahrung und Unfähigkeit des Managements zurückzuführen sind. (Fürst, Insolvenzen in betriebswirtschaftlicher Schau, S. 10)
- 2) § 18 Satz 1 KWG lautet: "insbesondere durch Vorlage der Jahresabschlüsse"; statt aller: Kalveram S. 148; Obst-Hintner S. 256
- 3) Daneben besteht für gewerbliche Unternehmer eine Bilanzierungspflicht nach § 141 AO, und für Großunternehmer eine Rechnungslegungspflicht nach § 1 PublG
- 4) Jährig-Schuck S. 183
- 5) Gemäß §§ 149 AktG, 1 PublG soll die Handelsbilanz Rechenschaft der Unternehmensleitung gegenüber allen Interessierten sein (vgl. Coenenberg S. 32).

und Steuerbilanz¹ einerseits und der Kreditwürdigkeit andererseits.² Daneben lassen die Bewertungsvorschriften dem Unternehmer einen erheblichen bilanzpolitischen Spielraum.³

Trotz der angedeuteten Unzulänglichkeiten für die Kreditwürdigkeitsprüfung lassen sich aus mehreren Bilanzen durch eine entsprechende Aufbereitung Einblicke in die Vermögenslage des Kreditnachfragers gewinnen.⁴

Neben der Bilanz liefert die Gewinn- und Verlustrechnung das wichtigste Zahlenmaterial zur Prüfung der Kreditwürdigkeit. Zwar ergeben sich auch aus ihrer Zwecksetzung und der Art ihrer Erstellung Einschränkungen für die Tauglichkeit zur Kreditwürdigkeitsprüfung, jedoch kann auch ihre Aussagefähigkeit durch Aufbereitung⁵ des Zahlenmaterials eine wei-

-
- 1) Die Steuerbilanz ist so zu erstellen, daß sie den Zweck, den sie für die Besteuerung erfüllen soll, erreicht (§ 145 Abs. 2 AO) Coenenberg S. 33 f
 - 2) vgl. oben § 5 II 2 a bb; Mellerowicz S. 40 f
 - 3) Das Testat (§ 167 AktG) gewährleistet nicht die Bonität, sondern bestätigt nur, daß die Bilanz gemäß den gesetzlichen und satzungsmäßigen Vorschriften erstellt wurde. vgl.: BGH NJW 1973, 321; Czech BB 1975, 723 ff
 - 4) Kalveram S. 149; Coenenberg S. 305 ff;
Für die Bilanzanalyse (vgl. dazu z.B. Coenenberg, Jahresabschluß und Jahresabschlußanalyse 1974; Mayer-Mayer, Bilanz- u. Betriebsanalyse 1970) sind in Theorie und Praxis verschiedene Methoden entwickelt worden. Dabei haben vor allem unterschiedliche Kennzahlen, die einerseits einen Periodenvergleich und andererseits einen Branchenvergleich ermöglichen - alle Autoren betonen, daß erst durch Perioden- und Branchenvergleich die Bilanz ihre Aussagekraft erhält - Bedeutung. Besonders wichtig für die Kreditwürdigkeitsprüfung sind dabei die Liquiditätskennzahlen (Coenenberg S. 328 ff) und diejenigen, die den Verschuldungsgrad und die Rendite (Coenenberg S. 312 ff) angeben. Neben der Bilanz gibt der, speziell für die Kreditwürdigkeitsprüfung zu ermittelnde Kreditstatus Aufschluß über die Vermögenslage (Kalveram S. 150; Moxter; Die Bank S. 321)
 - 5) z.B. durch die Berechnung des Cash-Flows, der die betriebsbezogenen Umsatzerlöse wiedergibt oder verschiedener Verschuldungskoeffizienten (vgl. dazu auch Coenenberg S. 202, 332 ff)

tere geeignete Grundlage für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit bilden. Der Bürge kann jedoch nicht nur aus dem Jahresabschluß wichtige Anhaltspunkte für die wirtschaftliche Lage des Schuldners gewinnen, sondern auch aus anderen Umständen läßt sich die Durchsetzbarkeit des Bewahrungsinteresses beurteilen. Da jedes Unternehmen, jeder Mensch, in die gesamte Volkswirtschaft eingebettet ist, muß sich der Bürge ebenso Informationen über die Stellung des Unternehmens am Markt verschaffen.¹

b) Andere Sicherheiten

Für die Beurteilung des Bürgschaftsrisikos und damit für das Bewahrungsinteresse des Bürgen ist neben der Frage der Kreditwürdigkeit von großer Bedeutung, inwieweit der Schuldner für die Forderung andere Sicherheiten gestellt hat. Dies ergibt sich zum einen aus der gesetzlichen Regelung des Forderungsüberganges (§§ 774, 412 BGB) für den Fall, daß der Bürge den Hauptschuldner befriedigt und zum anderen daraus, daß sich, je nach Art der Sicherheit, unterschiedliche Folgen hinsichtlich der Verwertbarkeit durch den Bürgen ergeben. Man denke nur an die unterschiedlichen Zugriffsobjekte bei der Zwangsvollstreckung dinglicher und persönlicher Rechte.²

Je nach Art der anderen, neben der Bürgschaft bestehenden Sicherheiten, regelt sich auch das Verhältnis der Siche-

-
- 1) Zu den Eigenschaften des Unternehmens, die dafür Indizien sind, zählen u.a. die Produktpalette, die Marktanteile, die Absatzchancen und die Unternehmenspolitik sowie ein diesbezüglicher Vergleich mit anderen Unternehmen der gleichen Branche (Falter-Hermanns S. 365; Hendrikson S. 26; Plessner, Die Bank 1978, 117 ff)
 - 2) Bei der Zwangsvollstreckung aus dinglichen Rechten kann der Gläubiger Befriedigung aus dem jeweils verhafteten Gegenstand erlangen, so daß er von Anfang an die Realisierungschancen einschätzen kann. Bei der Zwangsvollstreckung aus persönlichen Rechten aber haftet nur der Schuldner persönlich mit dem jeweils wechselnden Bestand seines Vermögens. (Larenz SchR BT § 64 I)

rungsgeber untereinander¹ im Fall der Inanspruchnahme. So haften beispielsweise die Mitbürger gesamtschuldnerisch (§ 779 BGB).

c) Beziehung zwischen Hauptschuldner und Gläubiger

Für die Beurteilung des Risikos einer Bürgschaft kann es von Bedeutung sein, ob zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner andere Rechtsbeziehungen als diejenigen, auf die sich die Bürgschaft bezieht, bestehen oder bestanden und welcher Art sie waren und ob sich daraus Schwierigkeiten ergeben haben.

Es ist ein Unterschied, ob der Gläubiger mit dem Hauptschuldner in einer ständigen Geschäftsbeziehung steht, die ihm einen größeren Einblick in dessen Vermögensverhältnisse und Geschäftsgebaren gestattet², oder ob auch der Gläubiger zum ersten Mal mit dem Hauptschuldner in eine Rechtsbeziehung eintritt. Allein aus der Tatsache, daß der Gläubiger den Hauptschuldner bisher nicht kannte, wird der Bürge keine Schlüsse ziehen können. Jedoch aus der Tatsache, daß zwischen Gläubiger und Hauptschuldner eine ständige Geschäftsbeziehung besteht, läßt sich beispielsweise entnehmen, daß der Hauptschuldner entweder so zuverlässig ist, daß

-
- 1) Für die Gleichrangigkeit aller Sicherungsgeber: Wolff-Raiser, Sachenrecht § 165 II; Westermann, Sachenrecht § 103 III 5; Esser-Weyers § 40 IV 3; Medicus BR Rdnr. 941; Erman-Seiler § 774 Anm. 15; Pawlowski JZ 1974, 124; Hütter AcP 171, 470 (479); a.A. der Bürge kann sich zwar aus dem dinglichen Sicherungsrecht voll befriedigen, aber der Eigentümer des Sicherungsgegenstandes kann nicht, auch nicht anteilmäßig, beim Bürgen Regreß nehmen: Enneccerus-Lehmann, § 194 I 3; Staudinger-Brändel § 774 Anm. 20; BGB-RGRK-Weber § 774 Rdnr. 6; Palandt-Thomas § 774 Anm. 28; Jauernig-Vollkommer § 774 Anm. 5; Bauer, Sachenrecht § 38 IV 3
 - 2) So verlangen die Länder bei der Vergabe von Landesbürgschaften, daß der Bürgschaftsantrag von der Hausbank des Antragstellers, also dem Gläubiger gestellt wird, da so versucht wird, deren Kenntnis nutzbar zu machen; Beispiel: BGH WM 1961, 392

der Gläubiger vielleicht trotz bestehender Schwierigkeiten beim Hauptschuldner davon überzeugt ist, daß diese Schwierigkeiten nur vorübergehender Natur sind.

d) Vertragsgestaltung

Zwar kommen Verträge grundsätzlich nach gemeinsamem Aushandeln zustande, so daß im Hinblick auf den Bürgschaftsvertrag beide Partner den Vertragsinhalt kennen müßten. Daß dies nicht immer so ist, zeigen die vielfältigen Formularverträge und die Reaktion des Gesetzgebers mit dem Erlaß des AGBG.

Für den Bürgen können Informationen über zwei verschiedene Vertragsverhältnisse von Bedeutung sein. Zunächst ist das Bürgschaftsverhältnis zu nennen; hier ist die Kenntnis über die verschiedenen Arten der Bürgschaft für das zu übernehmende Risiko von Bedeutung.¹ Von größerer Bedeutung ist die Vertragsgestaltung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, denn nur aus ihr ergibt sich die Forderung, die gesichert werden soll (§ 765 BGB).

III. DIE KOLLIDIERENDEN INTERESSEN

Die Hauptinteressen des Bürgen und des Gläubigers stehen im Widerspruch zueinander. Der Gläubiger möchte eine möglichst sichere Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Bürgen; dabei soll das Zugriffsrecht nach Möglichkeit von keinen weiteren Voraussetzungen abhängen. Beim Abschluß des Bürgschaftsvertrages wäre es dem Gläubiger auch am liebsten, wenn er lediglich die Bürgschaftserklärung in Empfang zu nehmen bräuchte und nur in seinem eigenen Interesse die Bonität des Bürgen und die des Hauptschuldners überprüfen müßte.

1) Bei der Ausfallbürgschaft schuldet der Bürge nur das, was der Gläubiger ohne eigenes Verschulden nicht vom Schuldner verlangt hat; bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft muß der Bürge sofort auf Anforderung des Gläubigers zahlen (vgl. dazu MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 41 ff)

Weil der Bürge weiterhin an die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners glaubt und nicht mit dem Eintritt des Bürgschaftsfalles rechnet, widerspricht seine Einschätzung der Bonität des Hauptschuldners der des Gläubigers. Dabei richtet sich das Hauptaugenmerk des Bürgen auf die Erhaltung des status quo seines Vermögens.

Der Bürge wird, um dieses Ziel zu erreichen, selbst nach den oben dargelegten Grundsätzen¹ die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners einzuschätzen versuchen. Dabei hat er jedoch ein Interesse daran, auch dem Gläubiger zur Verfügung stehende Daten und Beurteilungen zu kennen, um sie in seine Überlegungen mit einzubeziehen. Denn der Kreditgeber könnte im Vergleich zum Bürgen entweder wegen besserer Sachkenntnis, ständiger Geschäftsbeziehungen oder aus anderen Gründen besser in der Lage sein, die Bonität des Hauptschuldners zu überprüfen.

Der Gläubiger hat zwar seinerseits ein Interesse an der Bürgschaft, möchte durch sie aber keinen zusätzlichen Verwaltungsaufwand haben. Wenn der Gläubiger schon wegen der höheren Kosten und der zusätzlichen Arbeit wenig Interesse an einer weiteren Verpflichtung zur Aufklärung des Bürgen hat, so spricht aus seiner Sicht entscheidend die Möglichkeit einer Haftung wegen einer Verletzung der Sorgfaltspflicht gegen eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Bürgen.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Gläubiger und Bürge haben als gemeinsames Interesse die Sicherung der Forderung; der Gläubiger vor allem, weil er sich vor einem Forderungsausfall schützen möchte, und der Bürge, weil er dem Hauptschuldner seinen Kredit zur Verfügung stellen möchte.

Neben den altruistischen Motiven hat der Bürge das größte Interesse daran, daß sich das Kreditrisiko nicht verwirklicht. Um das Bürgschaftsrisiko möglichst richtig beurteilen

1) vgl. oben § 6 II 2 a

zu können, muß der Bürge eine Kreditwürdigkeitsprüfung durchführen, die für den Kredit bestellten anderen Sicherheiten und schließlich die Vertragsgestaltung zwischen Hauptschuldner und Gläubiger kennen.

Obwohl der Bürge sich die notwendigen Informationen von dem Hauptschuldner beschaffen kann, hat er ein Interesse an einer Aufklärung durch den Gläubiger, weil nicht sichergestellt ist, daß die Informationen des Hauptschuldners vollständig und richtig sind. Der Gläubiger hingegen hat keinerlei Interesse an einem Tätigwerden für den Bürgen, sondern möchte möglichst geringe, zusätzliche Pflichten zu erfüllen haben.

§ 7 DIE BÜRGSCHAFT UND SORGFALTSPFLICHTEN DES GLÄUBIGERS
=====

Die gegenläufigen Interessen des Gläubigers und des Bürgen vor Abschluß des Bürgschaftsvertrages¹ sind möglicherweise durch entsprechende weitere Verhaltenspflichten des Gläubigers miteinander in Einklang zu bringen. Voraussetzung dafür ist aber, daß die gesetzliche Regelung, der Sicherungszweck der Bürgschaft und der Rechtsgrund der Sorgfaltspflichten einer Belastung des Gläubigers mit weiteren Verhaltenspflichten nicht entgegenstehen.

I. DIE GESETZLICHE REGELUNG DER BÜRGSCHAFT UND SORGFALTS-
PFLICHTEN

1. Rechtsnatur der Bürgschaft

Im Schuldrecht werden die Verträge je nach der Richtung und der gegenseitigen Abhängigkeit der Leistungspflichten in einseitige, zweiseitige und gegenseitige Verträge eingeteilt². Bei gegenseitigen Verträgen hat jeder Vertragspartner an den anderen eine Leistung zu erbringen und erbringt seine Leistung nur um der anderen Leistung willen.³ Bei zweiseitigen Verträgen entsteht die Verpflichtung des einen Teils notwendig und gibt dem Schuldverhältnis sein Gepräge, während die Verpflichtung des anderen Teils nur unter bestimmten Bedingungen entsteht.⁴ Bei der dritten Art von Verträgen, den einseitig verpflichtenden Verträgen, hat nur ein Partner eine Leistungspflicht, der andere aber nicht.⁵

1) vgl. oben § 6 III

2) statt aller: Palandt-Heinrichs Einf. v. § 320 Anm. 1

3) RGZ 147, 342; Larenz SchR AT § 15 I

4) Larenz SchR AT § 15 I

5) Palandt-Heinrichs Einf. v. § 320 Anm. 1 a

a) Rechtsnatur der Bürgschaft als einseitig verpflichtender Vertrag

Da bei der Bürgschaft nur der Bürge gegenüber dem Gläubiger eine Zahlungsverpflichtung übernimmt, ist die Bürgschaft ein einseitig verpflichtender Vertrag.¹

Die Rechtsprechung folgert, wie oben dargestellt², aus der Rechtsnatur des Bürgschaftsvertrages, daß dem Gläubiger keine Sorgfaltspflichten, auch nicht als Nebenpflichten, obliegen. Trotzdem sollen ganz besonders schwere Verstöße gegen Treu und Glauben rechtlich relevant sein, obwohl die Bürgschaft dem Gläubiger nur Rechte gewähre und keine Pflichten auferlege.³

Die Rechtsprechung scheint daher nicht konsequent zu sein, denn, wenn dem Gläubiger keine Sorgfaltspflichten obliegen, die sich ja aus dem Gebot von Treu und Glauben ergeben, könnte auch ein besonders schwerer Verstoß gegen § 242 BGB nicht rechtlich relevant sein. Nach dieser Auffassung sind weitere Verhaltenspflichten nicht von dem Bestehen einer Leistungsbeziehung überhaupt abhängig, sondern von einer Leistungsverpflichtung eines Vertragspartners gegenüber dem anderen. Da der Gläubiger gegenüber dem Bürgen nichts zu leisten braucht, kann er auch nicht zu einem bestimmten Verhalten bei der Erfüllung einer Leistung verpflichtet sein. Aus dem Fehlen einer Leistungspflicht des Bürgen zieht

1) Ganz h.M., statt aller: Larenz SchR BT § 64 I; Münch-Komm-Pecher § 765 Rdnr. 1; Palandt-Heinrichs Einf. v. § 320 Anm. 1 a; Palandt-Thomas Einf. v. § 765 Anm. 1 f, jeweils m.w. Nachw.

2) § 5 II

3) BGH WM 1960, 51; WM 1963, 24 f; WM 1968, 1391 f; Mormann WM 1963, 930, (934); Eisenhardt MDR 1968, 541 (544); Palandt-Thomas § 776 Anm. 1; anders zur Ausfallbürgschaft BGH WM 1972, 335 (337)

Ohmayer¹ für das Österreichische Recht den gegenteiligen Schluß; gerade weil die Bürgschaft nur Rechte gewähre, sei der Gläubiger in erhöhtem Maße zur Sorgfalt verpflichtet, denn er erhält durch sie ein Sicherungsrecht, ohne selbst eine Leistung erbringen zu müssen.

Die Folgerung, daß den Gläubiger keine Pflichten träfen, weil die Bürgschaft ein einseitig den Bürgen verpflichtender Vertrag sei, berücksichtigt die Struktur der Bürgschaft als Schuldverhältnis nicht genügend. Eine Abwägung der Interessen des Gläubigers und des Bürgen kann nicht durch den deduktiven Schluß aus der gesetzessystematisch bedingten Unterscheidung zwischen einseitig oder zweiseitig verpflichtenden Verträgen ersetzt werden.² Die systematische Einteilung der Verträge nach ihren Vertragswirkungen hat den Zweck, über die Anwendung der §§ 320 ff BGB bei einer Verletzung der Hauptleistungspflichten zu entscheiden.³ Darüberhinaus sind an die Unterscheidung keine weiteren unterschiedlichen Rechtsfolgen geknüpft; insbesondere können daraus keine Rückschlüsse auf das geforderte Verhalten gezogen werden, denn die weiteren Verhaltenspflichten beruhen nicht auf dem Versprechen, eine Leistung zu erbringen, sondern ergeben sich aus der berechtigten Erwartung des Vertragspartners in ein redliches Verhalten des anderen im Rahmen der Sonderverbindung.⁴

Durch die einseitige Verpflichtung des Bürgen und die Verneinung jeglicher Pflichten des Gläubigers erhält die Bürg-

1) Zentralbl. f.d.jur. Praxis 45 (1927), 161 (164); ebenso das Schweiz. BG (BGE 38 II S. 608 (615): "Es sind an die Verkehrstreue, an die Wahrheitspflicht des Gläubigers im besonderen, höhere Anforderungen zu stellen, als wenn die Vertragsparteien sich im Gegensatz der Interessen gegenüberstehen, wie beim Kauf. M.a.W.: die Bürgschaft steht Kraft ihrer Eigenart in erhöhtem Maße im Schutz der Bestimmung über Treu und Glauben im Rechtsverkehr (Art. 2 Abs. I ZGB) ...".

2) so auch Stötter, DB 1968, 603 (606)

3) Palandt-Heinrichs Einf. v. § 320 Anm. 1; Medicus BR Rdnr. 206

4) vgl. oben § 4 II 2

schaft ihren so offensichtlich riskanten Charakter.¹ Es ist wenig verständlich, daß das Zivilrecht für andere gefährliche Geschäfte, wie Spiel und Wette², Schutzvorschriften enthält, aber für die ebenso gefährliche Bürgschaft nicht. Dabei ist nicht ersichtlich, warum gerade die Rechtsnatur der Bürgschaft der Verpflichtung des Gläubigers zu bestimmten Sorgfaltspflichten entgegensteht. Die Rechtsprechung ist hier durchaus aufgerufen, sich für die Wahrung der Interessen schutzbedürftiger Personen einzusetzen³, wie sie es in anderen Bereichen unter Berufung auf § 242 BGB getan hat.⁴

b) Die Bürgschaft als gegenseitiger Vertrag

Nach übereinstimmender Meinung⁵ kann die Bürgschaft durch eine besondere Vereinbarung von den Parteien auch als gegenseitiges Rechtsverhältnis ausgestaltet werden; falls der Gläubiger dem Bürgen eine Gegenleistung für die Abgabe der Bürgschaftserklärung verspricht, liegt das den gegenseitigen Vertrag kennzeichnende funktionelle Synallagma vor.

Die vertragliche Vereinbarung der Gegenseitigkeit kommt in der Praxis häufig vor. So liegt ein gegenseitiger Bürgschaftsvertrag vor, wenn der Gläubiger dem Bürgen verspricht, dem Hauptschuldner weiteren Kredit zu gewähren und der Bürge die Bürgschaftserklärung gerade wegen dieser Lei-

-
- 1) Die Gefährlichkeit dieses Geschäfts beruht aber auch auf dem allzu großen Leichtsinn mancher unerfahrenen Personen, die nicht mit dem Eintritt der zukünftigen Zahlungsverpflichtungen rechnen, vgl. Heck, Grundriß des Schuldrechts § 126 Nr. 5 S. 381; Stoll, Vertrag und Unrecht 2. Halbbd. § 36 I 1, S. 148;
 - 2) §§ 762 ff BGB; 58 ff Börsengesetz. Bei der aus Anlaß eines Spiels eingegangenen Verpflichtung handelt es sich um eine unvollkommene Verbindlichkeit, die dem Gläubiger kein Forderungsrecht gewährt, aber die ein Rechtsgrund i.S.d. § 812 BGB darstellt (Larenz SchR AT § 2 III).
 - 3) so auch Klett, Der Schutz des Bürgen, S. 112
 - 4) z.B. BGHZ 29, 10; (Formmangel eines Rechtsgeschäfts)
 - 5) Erman-Seiler Vor. § 765 Anm. 7; MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 2; BGB - RGRK-Mormann Vor. § 765 Anm. 2; Weber JuS 1971, 553; Esser-Weyers SchR BT § 40 II 4; RGZ 66, 425 (426); RG WarnR 1934 Nr. 47 S. 104; RG JW 1911, 540

stung abgibt.¹ Ein gegenseitiges Verhältnis der Leistungen ist auch bei einer Kreditversicherung² zu bejahen, da die Versicherungsgesellschaften für die Bürgschaftserklärung regelmäßig eine Avalprovision verlangen; dies gilt aber nur dann, wenn der Gläubiger die Versicherung um die Bürgschaftsleistung bittet und selbst die Verpflichtung zur Zahlung der Prämie übernimmt.

Würde man der Begründung der überwiegenden Lehre und Rechtsprechung folgen, so würde im Falle eines gegenseitigen Bürgschaftsvertrages die Rechtsnatur des Vertrages nicht gegen die weitere Verhaltenspflicht des Gläubigers sprechen. Eine Beschränkung der Sorgfaltspflichten könnte sich nur aus dem Sicherungszweck ergeben. Der Gläubiger würde, weil er freiwillig eine zusätzliche Leistungspflicht übernommen hat, zu mehr verpflichtet als derjenige Gläubiger, der sich auf die Annahme der Bürgschaftserklärung beschränkt. Für diese ungleiche Behandlung des Gläubigers je nach Rechtsnatur des Bürgschaftsvertrages scheint jedoch kein sachlicher Grund zu sprechen.

Eine Begrenzung der Diligenzpflicht des Gläubigers auf seine Leistungspflicht und das damit zusammenhängende Verhalten ist nicht möglich, da die Leistungen voneinander abhängig sind und gemeinsam das Leistungsprogramm und damit auch das jeweils notwendige weitere Verhalten bestimmen. Wenn der Gläubiger für die Abgabe der Bürgschaftserklärung verspricht, dem Schuldner weiterhin Kredit zur Sanierung seines Unternehmens zu gewähren, dann ist das gemeinsame Interesse von Gläubiger und Bürgen die Sanierung des schuldnerischen Unternehmens. Der Bürge wird dann darauf vertrauen dürfen, daß der Gläubiger die Sanierungsversuche nicht vereitelt. Dieses Verhalten bezieht sich aber nicht nur auf die Leistung des Gläubigers alleine, sondern auch indirekt auf die Verpflichtung des Bürgen.

-
- 1) Erman-Seiler Vor. § 765 Anm. 7; RGZ 66, 425; RG JW 1911, 540
 - 2) zur zivilrechtlichen Behandlung der Kautionsversicherung als Bürgschaft; Gartner VersR 1967, 118

c) Andere einseitige Forderungsrechte

Bei anderen einseitigen Forderungsrechten ist anerkannt, daß dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner weiter Verhaltenspflichten obliegen. Dabei wird für die Sorgfaltspflichten nicht nach der Rechtsnatur der Verträge unterschieden. Für die Verneinung der Diligenzpflichten ist die gesetzessystematische Einordnung der Bürgschaft nicht von ausschlaggebender Bedeutung.

Beim unverzinslichen Handdarlehen (§ 607 Abs. 1 BGB) verpflichtet sich der Darlehensnehmer gegenüber dem Darlehensgeber Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben, so daß nach Ansicht der älteren Lehre¹ das Handdarlehen ein einseitig verpflichtender Vertrag ist, denn die Verpflichtung des Darlehensgebers, die als Darlehen hingegebenen Sachen nicht vor Ablauf einer bestimmten Zeit zurückzuverlangen, ist keine Gegenleistung, denn die Rückgabeverpflichtung nach Ablauf einer im voraus bestimmten Zeit oder nach Kündigung entsteht durch den Abschluß des Darlehensvertrages mit der Übereignung der Sachen an den Darlehensnehmer²; das aber wäre völlig sinnlos, wenn der Darlehensnehmer sofort zur Rückübertragung verpflichtet wäre. Die jüngere Lehre³ stellt dagegen die Verpflichtung zur zeitweiligen Belassung des Kapitals in den Vordergrund und behandelt das Darlehen je nachdem, ob es verzinslich ist oder nicht als zweiseitigen bzw. gegenseitigen Vertrag.

-
- 1) Oertmann vor § 607 Anm. 5 a
 - 2) Es ist umstritten, ob das Darlehen Konsensualvertrag (so: Larenz SchR BT § 51 I; Esser-Weyers SchR BT § 26 II; MünchKomm-Westermann vor § 607 Rdnr. 5; K. Schmidt JZ 1976, 757 m.w.Nachw.) ist, oder Realvertrag (so: vor allem die Rspr.: RGZ 86, 309; 108, 150; BGH LM § 607 Nr. 11; Enneccerus-Lehmann § 142 I; Enneccerus-Lehmann § 142 I; Fikentscher SchR § 77 I). Beim Handdarlehen kommt es nicht auf diesen Streit an, da Willenserklärung und Übergabe zeitlich zusammenfallen und das Ergebnis deshalb nach beiden Theorien gleich bleibt.
 - 3) Larenz SchR BT § 51 I; Esser-Weyers SchR BT § 26 II 2; K. Schmidt JZ 1976, 756; BGB-RGRK-Ballhaus Vor. § 607 Rdnr. 7 f; Staudinger-Riedel Vor. § 607 Anm. 3; MünchKomm-Westermann Vor. § 607 Rdnr. 5 mit jew. w. Nachw.; vgl. auch RGZ 161, 52; BGHZ 25, 174 (177); BGH NJW 1962, 1148

Obwohl das unverzinsliche Handdarlehen zum Teil als einseitig verpflichtender Vertrag und zum Teil als zweiseitig verpflichtender Vertrag betrachtet wird, wird nicht vertreten, daß es davon abhängt, ob der Darlehensgeber Rücksicht auf den Darlehensnehmer zu nehmen braucht.¹ Es ist vielmehr unzweifelhaft, daß der Kreditgeber verpflichtet ist, dem Kreditnehmer die zweckentsprechende Verwendung der darlehensweise hingegebenen Sachen zu ermöglichen, genauso wie er bei der Kündigung Treu und Glauben zu beachten habe.² Für die Entscheidung, ob der Darlehensgeber zu einem bestimmten weiteren Verhalten verpflichtet ist, wird nicht auf die Rechtsnatur des Vertrages abgestellt, sondern darauf, ob der Darlehensnehmer bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände der einzelnen Leistungsbeziehung mit einem bestimmten Verhalten des Darlehensgebers rechnen durfte.

Auch die Schenkung (§ 516 BGB) ist ein einseitig verpflichtender Vertrag, denn der Schenker verspricht einem anderen eine Leistung, die unentgeltlich erfolgen soll.³ Ebenso wie beim Handdarlehen wird für die Schenkung nicht bezweifelt, daß der Beschenkte gegenüber dem Schenker weitere Verhaltenspflichten hat. Das Gesetz selbst verlangt vom Beschenkten indirekt durch die Widerrufsmöglichkeit wegen schwerer Verfehlungen und grobem Undank (§ 530 BGB) ein bestimmtes Verhalten. Damit wäre es nicht in Einklang zu bringen, wenn man ansonsten von dem Beschenkten keine Rücksichtnahme auf die Interessen und Belange⁴ des Schenkers fordern würde.

Auch beim echten Vertrag zugunsten Dritter erhält der Dritte eine Forderung gegen einen anderen, ohne an diesen eine Leistung erbringen zu müssen (§ 328 Abs. 1 BGB). Es liegt

-
- 1) Larenz SchR BT § 51; Esser-Weyers SchR BT § 26 III; Palandt-Heinrichs Einf. v. § 320 Anm. 1 a; Palandt-Putzo Einf. v. § 607 Anm. 1 ff; BGB-RGRK-Ballhaus § 607 Rdnr. 40 ff; MünchKomm-Westermann § 607 Rdnr. 33 f
 - 2) RGZ 86, 335; 169, 143
 - 3) Palandt-Putzo § 518 Anm. 2 a; Heck, Grundriß des Schuldrechts § 94, 3; a.A. Larenz SchR BT § 47 I
 - 4) Der Gedanke einer verstärkten Rücksichtnahme kommt auch durch § 528 BGB zum Ausdruck.

zwar bei dieser Vertragsgestaltung kein einseitig verpflichtender Vertrag vor, da zwischen dem Dritten und dem Schuldner keine vertraglichen Beziehungen bestehen¹, aber dennoch ergeben sich aus dieser Gläubigerstellung des Dritten Sorgfaltspflichten gegenüber dem Schuldner², da durch das sogenannte Vollzugsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis entsteht. Da der Dritte beim echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) die Gläubigerstellung, soweit sie sich auf das Forderungsrecht bezieht, erhält, hat er nicht nur die vertraglichen Nebenpflichten, sondern auch die weiteren Verhaltenspflichten des Gläubigers zu erfüllen.³ Die Rechtsprechung stellt für die Frage, ob der Dritte Sorgfaltspflichten zu erfüllen hat, nicht darauf ab, ob er seinerseits gegenüber dem Versprechenden eine Leistungspflicht zu erfüllen hat, sondern ob durch die vertraglich begründete Leistungsbeziehung ein Vertrauensverhältnis entsteht.

2. Die gesetzliche Regelung des Bürgschaftsverhältnisses

Es wird im folgenden der Frage nachzugehen sein, ob die gesetzliche Regelung einer Sorgfaltspflicht des Bürgen entgegensteht.

Im Bereich des Zivilrechts ist zwischen den zwingenden und den dispositiven Normen zu unterscheiden. Dabei haben die zwingenden Vorschriften zum einen die Aufgabe, die Einhaltung der Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers zu garantieren⁴ und zum anderen, ein rechtsethisches Minimum an Gerechtigkeit zu gewährleisten.⁵ Durch die dispositiven Normen stellt der Gesetzgeber Leitbilder auf⁶, die nach seiner

1) RG JW 1938, 2967; BGHZ 54, 145 (147); Larenz SchR AT § 171

2) RG JW 1913, 426; Palandt-Heinrichs Einf. v. § 328 Anm. 2 c; Erman-Westermann Vorbem. v. § 328 Anm. 3; BGB-RGRK-Ballhaus § 328 Rdnr. 27; Lange NJW 1965, 660 ff

3) RG JW 1913, 429; BGHZ 9, 318

4) Enneccerus-Nipperdey § 49 IV

5) Larenz AT § 1 I; daneben regeln sie die Voraussetzungen zur Ausübung der Privatautonomie.

6) BGHZ 41, 151 (154); 54, 106 (109); 60, 377 (380); Brandner in: Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz, § 9 Rdnr. 48

Auffassung einen gerechten Ausgleich der Interessen der Beteiligten ermöglichen und immer dann eingreifen, wenn die Parteien eines Schuldverhältnisses für den möglichen Konfliktfall keine Vereinbarung getroffen haben.¹

Durch den Erlaß des AGBG hat der Gesetzgeber im Anschluß an die Rechtsprechung² und Lehre³ den Leitbildcharakter der dispositiven Normen und die Auffassung, daß es sich dabei um einen Interessenausgleich, der am besten der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit entspricht, handelt, unterstrichen.⁴ Der Erlaß des AGBG wurde notwendig, da in vielen Bereichen des täglichen Lebens die dispositiven gesetzlichen Normen durch allgemeine Geschäftsbedingungen des jeweilig marktmächtigeren Geschäftspartners zu Ungunsten des Schwächeren verdrängt wurden. Ursprünglich sind die Verfasser des BGB davon ausgegangen, daß der gerechteste Interessenausgleich durch das Aushandeln der Verträge zustandekommt. Nur für den Fall der Vertragslücke sollte ein Maßstab zur Bewertung der Interessen durch den Gesetzgeber zur Verfügung gestellt werden.

Die Regelung des Bürgschaftsrechts im BGB ist zum größten Teil dispositiv ausgestaltet. Bei der Betrachtung der einzelnen Normen zeigt sich aber, daß der Gesetzgeber nicht davon ausgegangen ist, daß sich der Gläubiger einseitig auf die Verfolgung seiner Interessen beschränken darf. Es wird zu dem deutlich, daß das Gesetz durchaus auch an den Schutz des Bürgen gedacht hat und zu diesem Zweck den Gläubiger beschwert.

a) Das Schriftformerfordernis

Die Bürgschaft ist nur dann wirksam, wenn die Erklärung schriftlich erteilt worden ist (§ 766 S. 1 BGB). Da dem Gesetzgeber die Gefährlichkeit der Bürgschaft bewußt war, mißt er dem Schriftformerfordernis vor allem eine Warnfunk-

1) Enneccerus-Nipperdey § 49 III; Larenz SchR AT § 6 I

2) BGHZ 60, 243 (245); 65, 374; 71, 167

3) V.a.: L. Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935

4) Larenz AT § 3 II c

tion und weniger eine Beweisfunktion zu.¹ Daß die Vorschrift des § 766 S. 1 BGB in erster Linie dem Schutz der im Wirtschaftsverkehr weniger gewandten Personen dienen soll, zeigen auch die §§ 350 f HGB, die eine mündliche Verbürgung durch den Vollkaufmann gestatten. Damit bringt das HGB auch zum Ausdruck, daß das Gesetz die Vollkaufleute für grundsätzlich geschäftsgewandter und erfahrener als die Nichtkaufleute hält. Der Gesetzgeber wollte durch das Schriftformerfordernis in erster Linie den Bürgen vor der Gefahr eines übereilten Abschlusses mit Rücksicht auf die schwerwiegenden Folgen, die damit verbunden sein könnten, warnen und zu einer nochmaligen Überlegungspause zwingen.²

Welche Bedeutung das Gesetz dem Schutz vor allzu schneller und damit auch meistens leichtsinniger Verbürgung beimißt, zeigt die Ausgestaltung des Schriftformerfordernisses als zwingende Norm. Allein schon durch den Inhalt und die Gestaltung des § 766 BGB wird offensichtlich, daß das Gesetz an den Schutz des Bürgen gedacht hat.³

Die Rechtsprechung und Lehre hat dies auch erkannt, denn zum einen ist es unbestritten, daß nur die Bürgschaftserklärung selbst schriftlich⁴ abgegeben werden muß. Zum anderen erstreckt sich das Schriftformerfordernis auf alle den Bürgen im Vergleich zur gesetzlichen Regelung benachteiligenden Vereinbarungen, während die vorteilhaften Vereinbarungen auch bei Mündlichkeiten gültig sind.⁵

1) Motive II S. 368; Protokolle S. 481

2) Esser-Weyers BT § 40 II 1; Larenz SchR BT § 64 II; Enneccerus-Lehmann § 191 II, BGB-RGRK-Mormann § 766 Rdnr. 1; MünchKomm-Pecher, § 766 Rdnr. 1

3) Esser-Weyers BT § 40 II

4) Esser-Weers BT § 40 II 1; Larenz SchR BT § 64 II; Enneccerus-Lehmann § 191 II; BGB-RGRK Mormann § 767 Rdnr. 2

5) Larenz § 64 II; BGB-RGRK Mormann § 766 Rdnr. 1; BGH BB 1955, 298; BGH NJW 1968, 33

b) Die Akzessorietät der Bürgschaft

Gemäß § 767 BGB ist für die Verpflichtung des Bürgen die jeweilige Hauptverbindlichkeit maßgebend. Durch den Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft kommt der gesetzgeberische Gedanke, daß der Bürge von Anfang an das von ihm übernommene Risiko einschätzen können muß, zum Ausdruck. Niemand soll sich verpflichten, ohne daß er sich vorher über die Höhe der Verpflichtung im Klaren sein kann.¹ Eine geminderte Haftung, wie sie wegen § 776 BGB etwa eintreten kann, ist für den Bürgen nur vorteilhaft.

Nach §§ 768, 770 BGB soll der Bürge jedoch auch so schulden wie der Hauptschuldner schuldet. Der Gläubiger soll nach diesen Vorschriften eben nicht etwas Zusätzliches erhalten, sondern nur und genau das, was der Hauptschuldner zum Zeitpunkt der Verbürgung schuldet.²

Der Akzessorietätsgrundsatz ist zwar kein zwingendes Recht³, doch erhält die Vertragsvereinbarung durch die Abbedingung des § 767 BGB einen anderen Charakter, so daß Bürgschaftsrecht nicht mehr anwendbar ist.⁴

c) Die Subsidiarität der Bürgschaft

Nach §§ 771, 772 BGB ist der Gläubiger grundsätzlich verpflichtet zunächst die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Hauptschuldners zu betreiben, oder, wenn ihm ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, daraus Befriedigung seiner Forderung⁵ zu suchen. Diese Vorschrift geht davon aus, daß der Gläubiger zunächst feststel-

1) Esser-Weyers § 40 III 2; MünchKomm-Pecher § 767 Rdnr. 1

2) Medicus, JuS 1971, 497

3) MünchKomm-Pecher § 767 Rdnr. 2

4) BGB-RGRK-Mormann § 767 Rdnr. 1; RGZ 153, 338 (345); RG JW 1913, 597 f

5) § 772 ist nur bei Geldforderungen anwendbar, vgl. Erman-Seiler § 772 Anm. 1

len soll, ob der Hauptschuldner tatsächlich zahlungsunfähig ist. Auch die Beschränkung des Verwertungs- und Vollstreckungsversuchs auf das bewegliche Vermögen und auf Pfandrechte soll gewährleistet werden, daß der Gläubiger nicht die Vollstreckung solange versuchen muß, bis deren endgültige Erfolglosigkeit feststeht, aber auch, daß er sich nicht nur auf den Bürgen verläßt.¹

Beide Vorschriften gewährleisten die Subsidiarität der Bürgenhaftung.² Die nachrangige Haftung des Bürgen dient nicht dem Interesse des Gläubigers, möglichst schnell und unproblematisch die Erfüllung seiner Forderung durch den Bürgen zu erlangen, sondern soll den Bürgen vor einer vorschnellen Inanspruchnahme schützen. Der Schutz des Bürgen ist aber auch auf ein für den Gläubiger zumutbares Maß beschränkt; so braucht der Gläubiger vor der Inanspruchnahme des Bürgen nur in die bewegliche Sache³ des Schuldners (§ 772 Abs. 1 BGB) zu vollstrecken und die für die Forderung bestellten Pfänder⁴ zu verwerten (§ 772 Abs. 2 BGB). Stößt er dabei aber auf größere Schwierigkeiten, so ist dem Bürgen die Einrede der Vorausklage abgeschnitten (§ 772 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

d) Die Aufgabe von Sicherheiten durch den Gläubiger

Neben den §§ 771 f BGB zeigt insbesondere § 776 BGB, daß der Gläubiger nicht einseitig seine Interessen verfolgen darf, sondern auch diejenigen des Bürgen an dessen Schadloshaltung durch die Vollstreckung in andere Sicherheiten zu wahren hat.⁵ Der Gläubiger soll nicht zum Nachteil des Bürgen andere Sicherungsrechte, gleichgültig, ob der Bürge davon wußte oder nicht⁶, willentlich⁷ aufgeben.

1) Motive II S. 670

2) Motive II S. 687; MünchKomm-Pecher § 771 Rdnr. 1

3) BGB-RGRK-Mormann § 772 Rdnr. 2

4) Dazu: Palandt-Thomas § 772 Anm. 2

5) so auch Knütel (FS Flume S. 583 ff); in den Motiven (II S. 679) wird die Ablehnung der Diligenzpflichten unter anderem mit dem Hinweis auf die Rückgriffsmöglichkeiten begründet. Kritisch dazu Dernburg, Bürgerliches Recht, 1906, S. 409

6) Palandt-Thomas § 776 Anm. 2

7) BGH BB 1960, 70; NJW 1966, 2009

Der innere Grund für das Freiwerden von der Bürgenhaftung liegt darin, daß der Gläubiger durch seine willentliche Aufgabe der Sicherheit zu erkennen gibt, daß er insofern nicht mehr an einer Sicherheit interessiert ist. Wegen der Vereitelung der Regreßmöglichkeit des Bürgen ist eine weiterbestehende Haftung für den Bürgen nicht mehr zumutbar.

Die überwiegende Meinung¹ betrachtet diese Vorschrift als besondere Regelung der Sorgfaltspflichten, denn sie beinhaltet als einzige des gesamten Bürgschaftsrechts eine Verpflichtung des Gläubigers, das Interesse des Bürgen zu beachten. Als Ausnahmenvorschrift ist aber § 776 BGB keinesfalls analogiefähig, so daß daraus nicht gefolgert werden kann, daß dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen auch Diligenzpflichten obliegen. An dieser Vorschrift zeigt sich aber dennoch, daß der Gesetzgeber den Bürgen nicht der Willkür des Gläubigers ausliefern wollte, sondern daß er durchaus den Gläubiger in gewissem Rahmen zur Beachtung der Interessen des Bürgen verpflichten wollte.

II. SICHERUNGSZWECK DER BÜRGSCHAFT

1. Der Sicherungszweck

Die Bürgschaft ist eine Form des vereinbarten Einstehenmüssens für eine fremde Schuld. Sie ist damit ein Unterfall der Interzession², also eines Sicherungsgeschäftes, das entweder durch die Bestellung einer dinglichen Sicherheit oder durch das Hinzutreten eines weiteren Schuldners gekennzeichnet ist.

Der Zweck der Bürgschaft besteht darin, dem Gläubiger eine Sicherheit für seine Forderung zu gewähren.³ Da der Bürge

1) BGB-RGRK-Mormann § 776 Rdnr. 1; MünchKomm-Pecher § 776 Rdnr. 1; Erman-Seiler § 776 Anm. 1; Larenz § 64 III; Esser-Weyers § 40 III; Weber JuS 1971, 553

2) MünchKomm-Pecher Vor § 765 Rdnr. 1; BGB-RGRK-Mormann Vor § 765 Rdnr. 1

3) Larenz SchR BT § 64 I; Esser-Weyers SchR BT § 40 I; Weber JuS 1971, 553; Erman-Seiler Vorbem. § 765 Anm. 1

für die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners (für dessen Leistungswillen nur dann, wenn die Vorausklage ausgeschlossen ist) einsteht¹, dient die Bürgschaft dazu, dem Gläubiger einen weiteren Schuldner zu verschaffen, der bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners an dessen Stelle tritt und dadurch das Risiko einer sich möglicherweise später ergebenden mangelnden Kreditwürdigkeit abdecken. Er hat also für die Fehleinschätzung des Gläubigers einzustehen; dabei ist es gleichgültig, ob der Gläubiger die Fehleinschätzung verschuldet hat, oder ob er sich über die Bonität des Schuldners überhaupt keine Gedanken gemacht hat.

Die Bürgschaft als Personalsicherheit erlangt im Regelfall ihre Bedeutung jedoch erst dann, wenn der Hauptschuldner keine Realsicherheiten mehr zu stellen vermag. Da der Gläubiger durch eine dingliche Sicherheit die Möglichkeit hat, sich durch die Verwertung einer Sache zu befriedigen, hat er durch sie eine rechtlich vorteilhaftere Stellung, als er sie durch eine Personalsicherheit, die ihm nur eine relativ geschützte Position gewährt, hätte.²

Der wirtschaftliche Vorteil der dinglichen Sicherheit liegt darin, daß der Gläubiger innerhalb und außerhalb des Konkurses ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dinglichem Recht hat, während er bei der Personalsicherheit allgemeiner Gläubiger neben anderen Gläubigern ist. Wegen der rechtlich und wirtschaftlich günstigeren Stellung wird daher ein Gläubiger in aller Regel in erster Linie eine Realsicherheit anstreben.

Die Sicherung einer Verbindlichkeit ist das einzige gemeinsame Interesse, das den Bürgen und Gläubiger verbindet.³ Alle anderen Zwecke und Motive des Bürgen, sei es, daß er damit das Fortkommen und den Erwerb des Hauptschuldners unterstützen möchte, sei es, daß er die Bürgschaft aufgrund geschäftlicher oder gesellschaftlicher Beziehungen übernimmt oder sei es, daß sie aus übergeordneten politischen Gesichtspunkten der öffentlichen Hand übernommen wird, sind

1) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 30; BGB-RGRK-Mormann § 765 Rdnr. 18

2) Weber JuS 1971, 553

3) BGB-RGRK-Mormann, § 765 Rdnr. 2

wegen der Zweckarmut der Bürgschaft unbeachtliche Motive und fallen grundsätzlich in den Risikobereich des Bürgen.¹ Die weiteren Zwecke, die Bürge und Gläubiger durch den Bürgschaftsvertrag verfolgen können, die aber nur durch ausdrückliche Vereinbarung im Bürgschaftsvertrag zum Vertragszweck und damit beachtlich werden², haben jedoch auf den Sicherungszweck der Bürgschaft zunächst keinen Einfluß. Aus dem zum Vertragszweck erhobenen weiteren Zweck können sich für beide Parteien zusätzliche Pflichten, um die weiteren Zwecke zu erreichen, ergeben.

2. Der Wert der Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel

Der Wert der Bürgschaft ist im wesentlichen von zwei Faktoren abhängig: von der Bonität des Bürgen und von der Leichtigkeit ihrer Handhabung.

In erster Linie hängt der Wert der Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel von der Kreditwürdigkeit, also der Bonität des Bürgen ab. Denn der Bürgschaftsvertrag begründet eine eigene Schuld des Bürgen, nämlich für den Fall, daß der Hauptschuldner die Forderung des Gläubigers nicht befriedigt, haftet er (als Bürge) für die Verbindlichkeit.³ Wenn also nicht gewährleistet ist, daß im Bürgschaftsfall der Bürge die Verbindlichkeit erfüllen kann, ist diese Sicherheit wertlos.

Bedeutsam ist für den Gläubiger, wie die Bürgschaft zu handhaben ist. Dabei kommt es entscheidend darauf an, welche

-
- 1) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 15; RGZ 158, 170; BGM WM 1957, 66; Die causa der Bürgschaftserklärung ist die Hauptschuld
 - 2) BGM WM 1966, 317 (318) (Fortbestehen der Gesellschaft); BGH WM 1975, 752 (753) (Sanierungsversuch); BB 1972, 1454 (Umschuldungsversuch); RG JW 1912, 464 f (Zur Verfügungstellung von Kredit) In diesen Fällen liegt dann ein gegenseitiger Vertrag vor.
 - 3) Weber JuS 1971, 553, (557) Darauf weist Laute (Bl. f. Genossenschaftswesen 1971, 197 (198) hin.

Pflichten der Gläubiger vor Abschluß, während der Dauer und beim Bürgschaftsfall zu erfüllen hat. Eine Sicherheit, durch die der Sicherungsnehmer zahlreiche Pflichten zu beachten hat, bedeutet nicht nur einen größeren Verwaltungsaufwand, sondern beinhaltet auch die latente Gefahr des durch eine Pflichtverletzung verursachten Anspruchsverlustes. Diese Gefahr ist jedoch dann auf ein Minimum reduziert, wenn der Gläubiger von Anfang an das von ihm geforderte Verhalten kennt.

3. Einfluß der Sorgfaltspflichten auf den Sicherungszweck

Zunächst hat sich durch zahlreiche Gerichtsentscheidungen gezeigt, daß durch die gänzliche Verneinung der Sorgfaltspflichten die Schwierigkeiten der Praxis nicht beseitigt wurden¹ und das Ziel des Gesetzgebers², die Bürgschaft zu einem "schneidigen Kreditsicherungsmittel"³ auszugestalten, nicht erreicht wurde.

Die Gläubiger haben zwar ein ganz offensichtliches Interesse daran, soweit wie möglich keine zusätzlichen Pflichten durch die Annahme der Bürgschaft zu haben und die Bürgschaft als ein "Ruhekissen"⁴ betrachten zu können, werden dem Gläubiger aber Verpflichtungen auferlegt, so hat er ein viel größeres Interesse daran, von vorneherein zu wissen, um welche Verpflichtungen es sich handelt. Die Rechtssicherheit ist für den Gläubiger wichtiger als die Freiheit von Pflichten. Der Wert der Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel hängt nicht von den Sorgfaltspflichten und ihrer genauen Kenntnis vor dem Vertragsabschluß ab.

Kennt der Gläubiger bereits bei Anbahnung des Bürgschaftsverhältnisses seine möglichen Pflichten, so kann er sich dementsprechend verhalten und dadurch die Sanktion, nämlich Verwirkung des Bürgschaftsanspruchs, verhindern. Auf der anderen Seite wirkt die Überbetonung der Rechte des Gläu-

1) Motive II S. 679

2) Ausdruck von Knütel, FS Flume S. 564

3) Ausdruck von Reichel AcP 135, 336 (344)

bigers und damit auch die Vernachlässigung des Interesses des Bürgen eher abschreckend auf mögliche Bürgen.¹

Daß die Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel durch die Statuierung von Sorgfaltspflichten nicht wertlos wird, zeigt die Ausfallbürgschaft.² Sie ist das wichtigste Beispiel für die von der durch Rechtsprechung³ und Lehre⁴ gebilligten Möglichkeit, vertraglich Diligenzpflichten zu vereinbaren.

III. RECHTSGRUND DER SORGFALTPFLICHTEN UND DIE RECHTSNATUR DER BÜRGSCHAFT

Rechtsgrund der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten stellt nach einer Ansicht⁵ die Gewährung und Inanspruchnahme von Vertrauen und nach der anderen Ansicht⁶ die gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit der Vertragspartner dar.

Wie alle anderen Schuldverhältnisse ist die Bürgschaft Grundlage verschiedener Beziehungen zwischen Gläubiger und Bürgen. Bereits in dem Augenblick, in dem die Parteien in der Absicht, über einen möglichen Bürgschaftsvertrag zu verhandeln, aufeinander zugehen, entsteht eine engere Beziehung zwischen ihnen als zwischen allen anderen Rechtsgenossen. Schon ab diesem Zeitpunkt erwarten sie, daß sich der Vertragspartner der Situation angemessen, also verkehrsüblich, verhalten wird. Diese Beziehung setzt sich beim Ab-

1) Stötter MDR 1970, 545 (549)

2) dazu MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 43 ff; BGB-RGRK-Mor-mann § 765 Rdnr. 21; mit je.w.Nachw.

3) BGM WM 1963, 24; 1967, 366; BB 1958, 169; JZ 1979, 67; RGZ 87, 328; 145, 169

4) Plack-Oegg § 776 Anm. 3; Larenz SchR BT § 64 I; Esser-Weyers § 40 III 2; Enneccerus-Lehmann § 191; Erman-Seiler Vorbem. § 765 Anm. 1; RGZ 87, 328; 145, 169; BGH BB 1958, 169; JZ 1979, 67

5) Ballerstedt AcP 151, 501 (507); Canaris JZ 1965, 475 mit jeweils w.Nachw.; Soergel-R. Schmidt vor § 275 Bem. 5

6) Thiele JZ 1967, 649 (652); Larenz FS Ballerstedt S. 397 (400 ff)

schluß des Vertrages fort, denn für das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen notwendig.¹ Die alleinige Abgabe nur der Bürgschaftserklärung stößt, wenn sie keinem Gläubiger zugeht, ins Leere. Sie ist gänzlich wirkungslos. Wie bei jedem anderen Schuldverhältnis müssen sich aus der Bürgschaftserklärung die essentialia negotii ergeben; d.h. die durch die Bürgschaft zu sichernde Forderung muß zumindest bestimmbar sein. Für die Bestimmbarkeit einer Forderung ist es notwendig, daß sich aus der Bürgschaftserklärung neben dem Schuldgrund und der Höhe der zu sichernden Forderung² auch, zumindest durch Auslegung, der Gläubiger ergibt.

Für das Zustandekommen der Bürgschaft ist also ein Tätigwerden sowohl des Bürgen als auch des Gläubigers, wie bei allen anderen Schuldverhältnissen auch, notwendig. Aus dem notwendigen Zusammenwirken der Geschäftspartner und der aufeinander bezogenen Handlungen ergibt sich, daß beide ihre eigenen Sphären so öffnen müssen, daß für den jeweils anderen auch die Möglichkeit einer gesteigerten Einwirkung besteht. Die gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechts- und Vermögenssphäre des Geschäftspartners hebt diese Beziehung auch im Vergleich zu den übrigen Rechtsgenossen hervor.

Die Einwirkungsmöglichkeiten des Gläubigers auf die Sphäre des Bürgen können dabei verschiedene Intensität haben. Sie werden ganz gering sein, wenn der Hauptschuldner sich selbst einen Bürgen sucht und anschließend den Kredit beantragt. Wenn der Gläubiger sich selbst einen Bürgen für einen bereits ausgezahlten Kredit sucht, ist sie aber ganz erheblich. Es ist deshalb kaum einzusehen, warum gerade der Gläubiger im Bürgschaftsverhältnis gegenüber dem Bürgen keine Sorgfaltspflichten haben soll, obwohl er unter bestimmten Voraussetzungen erhebliche Einflußmöglichkeiten hat.

1) statt aller: Larenz SchR BT § 64 I; MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 5

2) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 1 ff; U. Schmidt JuS 1979, 215

Die Bürgschaft ist, wirtschaftlich betrachtet, die zur Verfügungstellung des eigenen Kredits zu gunsten eines Dritten.¹ Der Bürge vertraut auf die zukünftige Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners. Diese Tatsache steht auch hinter der anfangs zitierten psychologischen Diagnose Philipp Hecks.²

Der Bürge vertraut aber auch darauf, daß sich der Gläubiger ihm gegenüber redlich verhält und er nicht unnötigerweise "über das Ohr gehauen" wird. Er wird also beispielsweise erwarten, daß die Angaben des Gläubigers der Wahrheit entsprechen, oder daß der Gläubiger nicht versuchen wird ihn zu täuschen. Die gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit des Gläubigers auf die Rechtssphäre des Bürgen kommt besonders deutlich in dem Sprichwort "den Bürgen soll man würgen" zum Ausdruck. Jeder, und so auch der Bürge, erwartet, daß er nicht mit unlauteren Mitteln "ausgetrickst" wird. Wobei selbstverständlich jeder Geschäftspartner versuchen darf, im Rahmen des Anständigen und Redlichen seine Interessen durchzusetzen.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Die Bürgschaft ist nach einhelliger Meinung ein einseitig den Gläubiger verpflichtender Vertrag. Die gesetzssystematische Einordnung der Bürgschaft steht jedoch nicht Sorgfaltspflichten des Gläubigers entgegen, da sie, wie jedes andere Schuldverhältnis, ein Gefüge von Beziehungen ist. Das zeigt sich auch daran, daß die Bürgschaft auch als gegenseitiger Vertrag abgeschlossen werden kann und daß es andere einseitige Forderungsrechte gibt, bei denen auch der Berechtigte Sorgfaltspflichten zu erfüllen hat.

Die gesetzliche Regelung zeigt, daß das Gesetz auch an den Schutz des Bürgen gedacht hat und daß der Gläubiger die Interessen des Bürgen in eng begrenztem Rahmen zu wahren hat.

1) Hagenmüller II. S. 16

2) Grundriß des Schuldrechts § 126 Nr. 5

Der Sicherungszweck der Bürgschaft und damit auch ihr Wert als Kreditsicherungsmittel hängen vor allem von der Bonität des Bürgen ab. Erst in zweiter Linie ist die Leichtigkeit ihrer Handhabung für den Wert als Kreditsicherungsmittel von Bedeutung. Für die Leichtigkeit der Handhabung ist mehr entscheidend, daß der Gläubiger seine Pflichten im vorhinein kennt, als daß er möglichst keine Pflichten hat.

Obwohl der tatsächliche Kontakt zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger nur sehr gering ist, bestehen für den Gläubiger doch gesteigerte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sphäre des Bürgen. Der Bürge darf aber darauf vertrauen, daß der Gläubiger sich redlich verhält und seine Einwirkungsmöglichkeiten nicht ausnutzt.

§ 8 WERTUNGSPRINZIPIEN FÜR DIE STATUIERUNG VON SORGFALTS-
=====

PFLICHTEN

=====

Die weiteren Verhaltenspflichten der Parteien haben ihre Grundlage im Gebot von Treu und Glauben. Treu und Glauben verweist auf die "elementare persönliche rechtsethische Anforderung, nämlich auf die Rechtstugenden des Worthaltens, der Verlässlichkeit und der Loyalität"; die Verkehrssitte verweist auf die "dauernde Übung und Erfahrung, welche die konkreten Anforderungen und die Bewertungen eines Rechtskreises geschichtlich und sozial erfassen."¹

Aus dem Wortlaut des § 242 BGB läßt sich nicht das in der jeweiligen Situation geforderte konkrete Verhalten entnehmen²; das bedeutet aber nicht, daß die Rechtsfindung von der subjektiven Willkür des Entscheidenden abhängt, sondern es sind vielmehr einzelne Wertungsprinzipien, die eine rationale Entscheidungsfindung, die intersubjektiv nachprüfbar ist, ermöglicht, aufzufinden.

Für die Feststellung des jeweils in der konkreten Situation geforderten Verhaltens sind die Interessen der an dem Rechtsverhältnis Beteiligten gegeneinander abzuwägen.³ Dabei kommt es auf die Gesamtbewertung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles an, so daß sich nur wenige allgemeine Wertungskriterien feststellen lassen.

1. DIE PRIVATAUTONOMIE

Der das bürgerliche Recht⁴ beherrschende Grundsatz der Privatautonomie besagt, daß jeder Mensch sich um seine eigene

- 1) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 20, FN 39
- 2) MünchKomm-Roth § 242 Rdnr. 8
- 3) so Enneccerus-Lehmann § 4 II
- 4) Palandt-Heinrichs Überbl. v. § 104 Anm. 1 a; Flume § 1, 1; Leibholz-Rinck, GG, Art. 2 Anm. 20; BVerfGE 8, 328; 12, 347; 25, 407

Angelegenheiten kümmern darf und muß; dabei kann er frei entscheiden, ob, mit wem und mit welchem Inhalt er Verträge abschließt.¹

Da davon ausgegangen werden muß, daß jeder Vertragspartner in der Lage ist, seine Interessen wirksam durchzusetzen, wird jeder geschlossene Vertrag den Interessen der Beteiligten am besten gerecht; dadurch ist gleichzeitig sichergestellt, daß grundsätzlich Vertragsgerechtigkeit herrscht.²

Die Verfolgung der eigenen Interessen hat aber da ihre Grenzen, wo in die durch die Rechtsordnung geschützte Sphäre Dritter eingegriffen wird oder wo die Sittenordnung krass verletzt wird.³ Das Pendant zur Vertragsfreiheit ist die Eigenverantwortung, die jeder gerade wegen dieser Freiheiten zu tragen hat. Die subjektive Vertragsfreiheit jedes einzelnen ist ebenso eine Grenze für alle anderen Rechtsgenossen, denn sie beinhaltet den Anspruch jedes einzelnen, keine Einmischung des anderen dulden zu müssen.

In dem Augenblick, in dem zwei Rechtsgenossen in der Absicht aufeinander zugehen, möglicherweise miteinander einen Vertrag zu schließen, verstärkt sich das allgemeine Gebot, nicht in die Sphäre Dritter unzulässigerweise einzugreifen, zu der Verpflichtung zum redlichen Verhalten.⁴ Diese Verpflichtung auf die Elementarsätze des gerechten Handelns⁵ hat ihren Grund in der gewollten und selbstverantwortlich getroffenen Entscheidung, in die Sphäre eines anderen einzutreten.⁶ Mit der Verdichtung des zunächst nur in Aussicht

-
- 1) Palandt-Heinrichs Einf. v. § 305 Anm. 4; Flume, DJT-Festschrift I, 135 ff; Flume § 1, 2
 - 2) Flume § 1, 6 a; Larenz AT § 4 I
 - 3) Palandt-Heinrichs Einf. v. § 305 Anm. 4; Einf. v. § 145 Anm. 3; Leibholz-Rinck, GG, Art. 2 Anm. 5 ff; Schmidt-Salzer NJN 1970, 8; 1971, 2; Larenz SchR AT § 4 I
 - 4) Dölle, ZStaatsW 103 (1943), 74
 - 5) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 19
 - 6) Vor allem Larenz (MDR 1954, 515, (517) und SchR AT § 4 V) betont, daß die willentliche Kontaktaufnahme der Grund für die Verpflichtung zur Berücksichtigung der Interessen der Partner ist; vgl. auch Canaris, JZ 1975, 478; Schlee, Vorvertragliches Fehlverhalten und der Schutz Dritter, S. 69 ff, 77 ff; wohl auch BGH NJW 1962, 51

genommenen Rechtsverhältnisses zu einem Schuldverhältnis verstärkt sich gleichzeitig die Pflicht zur Rücksichtnahme¹ und Fremdverantwortung für die Belange des Geschäftspartners.²

Da sowohl der Gläubiger als auch der Bürge den Bürgschaftsvertrag freiwillig mit dem von ihnen ausgehandelten Inhalt abschließen, ist zunächst grundsätzlich davon auszugehen, daß die Vereinbarung am besten den Interessen beider Parteien gerecht wird. Die Grenze der Durchsetzung der Gläubigerinteressen ist aber dann erreicht, wenn selbst der sorgfältigste und gewissenhafteste Bürge sich nicht zu schützen vermag.

II. GESICHTSPUNKTE, DIE DIE PARTEIEN BETREFFEN

Jeder Vertragspartner kann davon ausgehen, daß der andere alle Möglichkeiten zum Schutz und zur Durchsetzung seiner eigenen Interessen ausschöpfen wird.

Die Art und Weise der Berücksichtigung der eigenen Interessen ist nicht in allen Verkehrskreisen gleich, sondern sie differiert je nach der Geschäftsart und der diesbezüglichen Erfahrungen.

1. Persönliche Umstände und Eigenschaften des Gläubigers und des Bürgen

Der Bürge kann berechtigterweise vom Gläubiger erwarten, daß er sich so verhält wie es in dem jeweiligen Geschäftskreis üblich ist. Das Vertrauen bezieht sich dabei auf die jeweils

1) Soergel-Knopp, § 242 Bem. 102

2) Thiele, JZ 1967, 649 (650); Knütel FS Flume S. 576 und RG WarnR 1908 Nr. 370, S. 276; RG Seuff A 70 Nr. 103 S. 180 ff; BGH WM 1961, 392 (393); 1963, 24 (27); 1967, 366 (367); 1970, 551 (552); 1971, 614 f

übliche Verkehrssitte in genau dem Geschäftskreis, dem der Gläubiger angehört.¹

Je nach Berufs- oder Geschäftszweig wird der Gläubiger sich anders bei der Überprüfung der Bonität des Hauptschuldners verhalten. Es macht einen Unterschied, ob der Gläubiger ein Kreditinstitut ist, das zur Sicherung einer Darlehensforderung eine Bürgschaft verlangt, oder ob ein privater Vermieter zur Sicherung der Ansprüche aus dem Mietverhältnis die Bürgschaftserklärung eines Dritten fordert. Der Bürge wird je nach der voraussetzenden Erfahrung und den Kenntnissen ein unterschiedliches Verhalten erwarten.

Zwar kommt es bei der Interessenbewertung zu Ungunsten einer der Parteien nicht auf ein Verschulden gegen sich selbst an², doch wird sich der Bürge darauf verlassen können, daß der Gläubiger sich jedenfalls pflichtgemäß in Bezug auf die internen Regelungen verhalten wird. So wird man berechtigterweise erwarten können, daß bei Abschluß des Hauptschuldverhältnisses, beispielsweise der Vorstand einer Aktiengesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter (§ 93 AktG) angewandt hat oder daß sich ein Kaufmann so verhält, wie sich ein ordentlicher und gewissenhafter Kaufmann verhalten würde.

Der Gläubiger hat also keine Fremdverantwortung für die Interessen des Bürgen, sondern hat sich in Bezug auf seine eigenen Interessen eigenverantwortlich zu verhalten. Der Bürge darf berechtigterweise erwarten, daß sich der Gläubiger so verhält, wie es dessen eigenen Interessen gebieten, wie umgekehrt der Gläubiger dies vom Bürgen erwarten darf.

Ebenso wie der Bürge vom Gläubiger erwarten darf, daß er sich entsprechend der jeweiligen Verkehrssitte verhält und dabei diejenigen Pflichten, die ihm durch die Einbindung in

-
- 1) Vgl. auch Knütel FS Flume S. 575; BGH WM 1966, 317; LG Köln BB 1962, 732; zur Kreditbürgschaft: BGH WM 1959, 1072, (1074); WM 1968, 1391 (1393); zur Ausfallbürgschaft: RG Recht 1908 Nr. 3782
 - 2) MünchKomm-Roth § 242 Rdnr. 34; Erman-Sirp § 242 Anm. 46; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 147

andere Rechtsverhältnisse auferlegt sind, beachtet, kann der Gläubiger vom Bürgen dasselbe Verhalten erwarten. Der Gläubiger wird aber dabei Rücksicht auf die Verhältnisse, insbesondere auf die Geschäftsgewandtheit, Vorbildung und andere Eigenschaften, die im Wirtschaftsleben Bedeutung haben können, des Bürgen nehmen müssen.

2. Beziehung der Beteiligten zueinander

Je nachdem, welche tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zwischen Bürgen und Hauptschuldner und zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bestehen, müssen Gläubiger und Bürge von einem unterschiedlichen Kenntnisstand und von unterschiedlichen Einflußmöglichkeiten ausgehen.

a) Bürge - Hauptschuldner

Im Regelfall kann man davon ausgehen, daß der Schuldner für die zu sichernde Forderung einen Bürgen sucht.¹ Für die Frage, ob der Hauptschuldner eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Bürgen hat, kommt es nicht darauf an, welcher Vertragstyp² zwischen ihnen besteht, denn im BGB gibt es keine diesbezügliche Ausklärungspflicht. Es besteht Einigkeit darüber, daß die Beziehung der Parteien des Auftrags- und des Geschäftsbesorgungsvertrages wesentlich von der

-
- 1) Durch die zulässige Blankobürgschaft kann er sich mit der Bürgschaftserklärung einen Darlehensgeber suchen. (MünchKomm-Pecher § 766 Rdnr. 11; RGZ 57, 66 f; BGH WM 1962, 720; OLG Düsseldorf MDR 1977, 754)
 - 2) Zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner entsteht durch die Übernahme der Bürgschaft ein Auftragsverhältnis (§ 662 ff BGB) oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB). (MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 3; BGB-RGRK-Mormann § 765 Rdnr. 12; Esser-Weyers BT § 40 II; Ermann-Sirp Vorbem. § 765 Anm. 10; Larenz SchR BT § 64 III. Zum Meinungsstand über die Abgrenzung zwischen § 662 u. § 675 BGB vgl. MünchKomm-Seiler § 662 Rdnr. 9 ff)

gegenseitigen Treuebindung geprägt sind.¹ Nicht nur der Beauftragte, also der Bürge hat dabei die Pflicht zur Wahrung und Förderung der Interessen des Hauptschuldners, sondern, gerade wenn der Beauftragte ein persönliches Vermögensrisiko eingeht, ist auch der Auftraggeber zur Loyalität verpflichtet. Da zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner dieses Vertrauensverhältnis entsteht, ist der Hauptschuldner verpflichtet, den Bürgen vor möglichen Schäden zu bewahren; dies bedeutet, daß er ihn über alle Tatsachen, die für die Entscheidung des Beauftragten möglicherweise relevant sind, von sich aus aufklären muß.² Daneben besteht ein faktischer Zwang zur Aufklärung, denn der vorsichtige Bürge wird erst nach befriedigender Aufklärung durch den Hauptschuldner eine Bürgschaftserklärung abgeben.

Diese Aufklärungspflicht des Hauptschuldners ist aber für den Gläubiger sowohl aus rechtlichen als auch aus tatsächlichen Gründen nicht viel Wert. Verletzt der Hauptschuldner seine Aufklärungspflicht, so hat der Bürge deswegen einen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo. Wird aber der Bürge nicht aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, so hat er regelmäßig keinen Schaden. Wird der Bürge jedoch in Anspruch genommen, so erwirbt er die Forderung des Gläubigers (§ 774 BGB) und hat daneben wohl in aller Regel einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen (§ 670 BGB), so daß für einen Schadensersatzanspruch kaum Raum bleibt. Auch ein Irrtum des Bürgen über die Kreditwürdigkeit berechtigt ihn nicht zur Anfechtung³, so daß der Bürge sich dadurch nicht vom Bürgschaftsvertrag lösen kann.

Ist aber die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners so über jeden Zweifel erhaben, daß eine Inanspruchnahme aus der Bürgschaft nicht wahrscheinlich ist, würde der Gläubiger seinerseits keine Bürgschaft verlangen. Wenn die Bonität des Hauptschuldners aber zweifelhaft ist, wird er immer ver-

1) MünchKomm-Seiler § 662 Rdnr. 39 ff u. 54 ff (insbes. 57); Esser Weyers BT § 35 I 1; Erman-Hauß Vor. § 662 Anm. 12

2) MünchKomm-Seiler § 662 Rdnr. 57

3) vgl. oben § 5 I 2 a

suchen, sie so positiv wie möglich dazustellen, so daß der Bürge, der grundsätzlich von einer pessimistischen Beurteilung der Kreditwürdigkeit ausgehen sollte, dessen Schilderungen nicht viel Wert beilegen kann.

Trotz der Aufklärungspflicht des Hauptschuldners, die sich auf alle Kriterien für die Beurteilung der Bonität erstreckt¹, besteht deshalb ein Bedürfnis des Gläubigers, ebenso Informationen über die Bonität zu erhalten. Zwar wird der Gläubiger die Bonität des Hauptschuldners eher positiv als negativ einschätzen, denn niemand riskiert sehenden Auges den Verlust einer Forderung, aber er ist zur verkehrsüblichen Überprüfung verpflichtet² und hat bei einer zu schönfärberischen Darstellung gegenüber dem Bürgen immer das Damoklesschwert des Verlustes des Bürgschaftsanspruchs über sich schweben.

Aus der Tatsache, daß der Hauptschuldner selbst den Bürgen beigebracht hat, läßt sich schließen, daß der Bürge über die Verhältnisse des Hauptschuldners informiert ist. Dies gilt unabhängig von einer etwaigen Rechtspflicht des Hauptschuldners, da der Gläubiger ihre Erfüllung weder überprüfen noch erzwingen könnte.

Die Intensität der Beziehungen zwischen Schuldner und Bürgen hat jeweils unterschiedliche Möglichkeiten der Einwirkung des Bürgen auf den Hauptschuldner zur Folge, so daß sich verschieden wirksame Schutzmöglichkeiten für den Bürgen ergeben können.

Wenn allerdings der Gläubiger sich selbst einen Bürgen für eine Forderung sucht³, hat der Bürge regelmäßig nur geringe

-
- 1) Diese Pflicht ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung von § 618 BGB (BGHZ 16, 265 (266 ff)); Fikentscher SchR § 81 II 4 c; Erman-Hauß Vor. § 662 Anm. 3; a.A. MünchKomm-Seiler § 662 Rdnr. 57)
 - 2) RG Recht 1908, 3782; BGH WM 1950, 1072 (1074); 1968, 1391; 1966, 317; LG Köln BB 1962, 732
 - 3) Landesbürgschaften werden fast nur auf Antrag der kreditgebenden Hausbank gewährt. Vgl. z.B. IV Nr. 21 (1) der Grundsätze für die Übernahme von Bürgschaften zur Förderung der Berliner Wirtschaft, v. 21. April 1981

Kenntnis von den tatsächlichen Verhältnissen beim Hauptschuldner; während der Gläubiger normalerweise die Verhältnisse genau kennt und - im Gegensatz zum Bürgen - auch Einflußmöglichkeiten auf ihn hat.

b) Bürge - Gläubiger

Unterschiedliche Anforderungen an das Verhalten der beiden Beteiligten können sich auch aus der Intensität des geschäftlichen Kontaktes zwischen Gläubiger und Bürgen ergeben.

Sind Gläubiger und Bürge nur durch ein einmaliges Geschäft verbunden, so wird keiner der beiden ein erhöhtes Vertrauen in eine bestimmte Verhaltensweise seines Partners haben. Besteht aber eine ständige Geschäftsbeziehung, so vertrauen die Beteiligten wohl einerseits darauf, daß sich der andere Partner so wie bisher verhält und andererseits, daß er ihn bei ganz ungewöhnlichen Ereignissen warnt bzw. sogar Schutzmaßnahmen ergreift. Die ständige Geschäftsverbindung begründet in größerem Umfang Pflichten zur Wahrung der Interessen des Vertragspartners.¹ Soweit sie vorliegt, wird der Gläubiger im Rahmen der üblichen in dieser Beziehung dem Bürgen über für ihn bedeutsame Tatsachen unterrichten müssen, sowie Schutzmaßnahmen zuergreifen haben.

III. DER ZWECK DES RECHTSGESCHÄFTES

Der Sicherungszweck der Bürgschaft hat entscheidenden Einfluß auf das von den Parteien zu fordernde Verhalten.² Vom Gläubiger kann kein Verhalten, das die Erreichung des Sicherungszwecks in Frage stellt, verlangt werden.

1) Staudinger-Weber § 242 Anm. A 192; Herschel DR 1940, 534; RG WarnR 1936 Nr. 3; RG DR 1939, 1887
2) vgl. oben § 4 II 2 a

Durch die Annahme der Bürgschaft gewinnt der Gläubiger aber keinen Nachlässigkeitsspielraum, denn die Bürgschaft dient zur Sicherung der Erfüllung einer Forderung und soll einer sich später möglicherweise ergebenden Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners vorbeugen. Sie dient nicht dazu, daß der Gläubiger sich auf ihr als seinem "Ruhekissen" ausruht, vielmehr darf er sich nicht sorgloser verhalten, als wenn die Forderung völlig ungesichert wäre; er kann die Folgen des eigenen Verschuldnes nicht auf den Bürgen abwälzen.¹ Das typische Risiko der Bürgschaft ist nämlich nicht ein Fehlverhalten des Gläubigers, sondern ein vertragswidriges Verhalten des Hauptschuldners.

IV. ZUMUTBARKEIT DER SORGFALTS-PFLICHTEN

Dem Gläubiger können im Rahmen einer Bürgschaft nur diejenigen Sorgfaltspflichten auferlegt werden, die auch zumutbar sind. Der Grundsatz der Zumutbarkeit gilt für die Diligenzpflichten im Bürgschaftsverhältnis genauso wie in jedem anderen Schuldverhältnis. Weitere Verhaltenspflichten sind dem Verpflichteten in der jeweils gegebenen konkreten Situation dann zumutbar, wenn sie erfüllbar, in der jeweiligen Situation konkret feststellbar sind und die Interessen des Begünstigten fördern.

Im Unterschied zu den Hauptleistungspflichten, für deren subjektive Erfüllbarkeit der Schuldner immer einzustehen hat², kann ihm nur eine konkrete subjektiv zumutbare weitere Verhaltenspflicht auferlegt werden. Denn im Unterschied zu den Hauptleistungspflichten, die den Vertragsinhalt bestimmen und bei Vertragsabschluß bindend für beide Parteien

-
- 1) So Knütel FS Flume, S. 575; vgl. auch zur Ausfallbürgschaft: RGZ 87, 326 (327); zur Kreditbürgschaft: BGH WM 1959, 1072 (1074); 1968, 1391 (1393); OLG München NJW 1976, 1096 f
 - 2) Std. Rspr. BGHZ 8, 231; 11, 22; 47, 269; BGH DB 1972, 1336; BAG AP 2 Nr. 2; teilweise a.M. im Schrifttum vgl. zusammenfassend: Demmer, Haftung des Schuldners für ursprüngliches Unvermögen

feststehen, ergeben sich die weiteren Verhaltenspflichten erst während der Dauer der vertraglichen Beziehungen aus den äußeren Umständen. Da der Gläubiger nichts versprochen hat, kann ihm das Unvermögen bezüglich einer weiteren Verhaltenspflicht nicht zur Last gelegt werden. So kann vom Gläubiger nur dasjenige verlangt werden, wozu er konkret auch in der Lage ist; es kommt also auf seine persönliche Leistungsfähigkeit an. Ob dabei ein Vertragspartner weitere persönliche Anstrengungen unternehmen muß, um der Sorgfaltspflicht zu genügen, hängt davon ab wie groß diese Anstrengungen sind. Man wird nicht verlangen können, daß im Vergleich zur Bedeutung des Geschäfts überproportionale Aufwendungen im Interesse des Geschäftspartners zu tätigen sind, während kleinere Erkundigungen und Nachforschungen bei größeren Geschäften erwartet werden können. Vom Gläubiger kann aber nicht verlangt werden, daß er seinen persönlichen Wissensvorsprung zu Gunsten des Bürgen aufgibt und sich dadurch der Möglichkeit eines für ihn vorteilhaften Geschäftsabschlusses begibt. Dem Gläubiger wird generell die Hintanstellung eigener wichtiger Interessen zu Gunsten des Bürgen nicht zuzumuten sein.

Neben der Erfüllbarkeit der Sorgfaltspflichten müssen diese für den Gläubiger aus den ihm jeweils bekannten Umständen erkennbar sein.¹ Aus den jeweils vorliegenden Tatsachen und Kenntnissen muß sich für ihn zwingend der Schluß ergeben, daß nunmehr von ihm ein bestimmtes Verhalten gefordert wird. Weiß der Gläubiger beispielsweise, daß der Bürge mit dem Hauptschuldner verwandt ist oder in einer ständigen Geschäftsverbindung steht oder die Hausbank des Hauptschuldners ist, so darf er wohl zur Recht annehmen, daß der Bürge über die Vorgänge beim Hauptschuldner informiert ist.² Steht der Gläubiger hingegen in einem engen wirtschaftlichen oder persönlichen Kontakt mit dem Hauptschuldner und die Beziehungen des Bürgen zum Hauptschuldner beschränken sich auf die Abgabe der Bürgschaftserklärung, dann wird der Gläubiger

-
- 1) Thiele, JZ 1967, 649 (651 f); Löwisch AcP 165 (1965) 421, 426
 - 2) z.B. BGH WM 1961, 392; üblicherweise verlangen die Gläubiger vom Hauptschuldner die Stellung eines Bürgen

zumindest von einem größeren Informationsbedürfnis des Bürgen ausgehen dürfen. Von Bedeutung ist auch, ob der Bürge über eine mehr oder weniger umfassende wirtschaftliche Erfahrung verfügt.

Weitere Verhaltenspflichten sind dem Gläubiger auch nur insofern zumutbar, als sie auch tatsächlich den Interessen des Bürgen dienen können. Dabei muß er nicht alle nur denkbaren Interessen des Bürgen berücksichtigen, sondern nur diejenigen, die mit der Bürgschaft in Zusammenhang stehen und aus der Sicht des Gläubigers erkennbar sind.

V. ZUSAMMENFASSUNG

Bei der Statuierung der Sorgfaltspflichten ist von dem Grundsatz der Privatautonomie, die die Vertragsfreiheit der Parteien gewährleistet, auszugehen. Die Inhalts- und Abschlußfreiheit schuldrechtlicher Verträge garantiert auch, daß die abgeschlossenen Verträge den gerechtesten Interessenausgleich zwischen den Partnern darstellen.

Sowohl Gläubiger als auch Bürge dürfen davon ausgehen, daß sich der jeweils andere so verhält, wie es in dem jeweiligen Verkehrskreis, dem er angehört, üblich ist. Bei den Sorgfaltspflichten des Gläubigers sind die Beziehungen, die zwischen Bürgen, Hauptschuldner und Gläubiger bestehen, zu berücksichtigen, denn je eher der Bürge aufgrund seiner Beziehungen zum Schuldner in der Lage ist, sich selbst zu schützen, desto weniger Pflichten hat der Gläubiger dem Bürgen gegenüber zu erfüllen; und je enger seine Beziehungen zum Gläubiger sind, desto mehr muß der Gläubiger auf die Interessen des Bürgen Rücksicht nehmen.

Schließlich muß bei der Statuierung von Sorgfaltspflichten der Sicherungszweck der Bürgschaft bachtet werden, und es ist zu berücksichtigen, daß nur ein zumutbares Verhalten verlangt werden kann; das geforderte Verhalten muß also für den Gläubiger erfüllbar und erkennbar sein und die Interessen des Bürgen fördern.

§ 9 ZU DEN VORVERTRAGLICHEN SORGFALTSPFLICHTEN DES GLÄUBIGERS IM EINZELNEN

Im folgenden soll versucht werden, die einzelnen möglicherweise bestehenden Sorgfaltspflichten dahingehend zu untersuchen, ob sie dem Gläubiger einer Bürgschaftsforderung obliegen.

1. SORGFALTSPFLICHTEN DES GLÄUBIGERS, DIE DEM INTEGRITÄTSINTERESSE DIENEN

1. Ziel

Die Sorgfaltspflichten, die dem Schutz des Integritätsinteresses dienen, sind darauf gerichtet, daß das Vermögen im wirtschaftlichen Sinn und die persönliche Integrität des Bürgen und seiner Mitarbeiter durch die Rechtsbeziehung nicht geschädigt oder beeinträchtigt werden.¹

2. Inhalt

Diese weiteren Verhaltenspflichten fordern vom Gläubiger, alles Zumutbare zu tun oder zu unterlassen, das dem Integritätsinteresse des Bürgen dient. In erster Linie handelt es sich dabei um die Schutzpflichten, aber auch Mitwirkungs-, Auskunfts-, Aufklärungs- und Beratungspflichten können dem Integritätsinteresse dienen.² Da das Erhaltungsinteresse des Bürgen genau das gleiche wie das jedes anderen Beteiligten eines Schuldverhältnisses ist, bedarf es dazu keiner näheren Untersuchung.³ Der Gläubiger ist jedenfalls verpflichtet, alles Notwendige zu tun, um den Bürgen und seine

1) vgl. oben § 3 II 3 b

2) Thiele JZ 1967, 459, (451); Canaris JZ 1965, 475; Gerhard JuS 1970, 597

3) vgl. oben § 4 II 3

Hilfspersonen vor Gefahren und Schäden, die nichts mit dem Bürgschaftsrisiko zu tun haben, zu schützen.¹ Er muß zwar nicht für alle denkbaren Schadensfälle Vorsorge treffen, aber er hat im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren Gefahren abzuwenden.

II. SORGFALTS-PFLICHTEN DES GLÄUBIGERS, DIE DEM ERFÜLLUNGS-INTERESSE DIENEN

Das Ziel dieser vielfältigen Mitwirkungs-, Auskunfts-, Aufklärungs- und Beratungspflichten ist es, den Abschluß des Bürgschaftsvertrages und damit die Erreichung des Sicherungszwecks so herbeizuführen, daß dabei zwischen der Selbstverantwortung und der Fremdverantwortung des Bürgen ein gerechter und den Anschauungen des Verkehrs entsprechender Interessenausgleich gewährleistet ist.²

1. Mitwirkungspflicht

Die Mitwirkungspflicht dient der Erreichung des Vertragszwecks und zwar nicht ausschließlich der Erreichung des gemeinsamen Vertragszwecks, sondern unter bestimmten Umständen auch der weiteren Zwecke des Vertragspartners.³

Die Mitwirkungspflicht besteht vor allem vor Vertragsschluß. Bis zu diesem Zeitpunkt sollen die Parteien richtig verhandeln und ihr Verhalten vor allem auch tatsächlich auf einen Vertragsschluß abzielen.⁴ So sind die Parteien verpflichtet, wenn sie erkennen, daß sie das mit der Bürgschaft verfolgte Ziel nicht mehr erreichen können oder wollen, den Vertragspartner nicht länger hinzuhalten.⁵ Daneben sind sie ver

- 1) Die Verkehrssicherungspflichten werden innerhalb einer vertraglichen Beziehung zu Vertragspflichten. (BGH DB 1976, 1282; Larenz, FS Ballerstedt S. 397 (400 f))
- 2) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 10
- 3) vgl. oben § 3 II 3 a, aa
- 4) vgl. dazu Erman AcP 139, (1934), 273 ff; Nirk, FS Möhring I, S. 397
- 5) Erman AcP 139, (1934), 273, (276)

pflichtet, sich gemeinsam um eine möglicherweise notwendige Genehmigung zu bemühen.¹

Weder der Sicherungszweck noch andere Besonderheiten der Bürgschaft stehen einer Verpflichtung des Gläubigers, bei der Erreichung des Vertragsschlusses in der jeweils gehörigen Form mitzuwirken, entgegen. Zum einen ist er selbst an dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages interessiert und zum anderen braucht nicht gerade der Bürge ein erhöhtes Risiko hinsichtlich des Zustandekommens des Vertrages zu tragen.

2. Auskunftspflicht

Die Auskunftspflicht ist die Verpflichtung, auf Fragen des Vertragspartners ihn über die gewünschten Tatsachen und Vorgänge aufzuklären. Vor Vertragsschluß steht sie in engem Zusammenhang mit der Mitwirkungspflicht, da der Vertragspartner regelmäßig nur über diejenigen Tatsachen, die aus seiner Sicht für das "Ob" des Vertrages von Bedeutung sind², Auskunft begehren.

Im BGB³ sind zahlreiche klagbare Pflichten zur Auskunftserteilung geregelt. Aus diesen Normen hat sich in Rechtsanalogie, unter Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der Rechtssatz entwickelt, daß eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung dann besteht, wenn der Auskunftssuchende "wegen der Eigenart des Anspruchs in entschuldbarer Weise keine Gewißheit über Entstehung und Umfang seines Rechtes hat, der Verpflichtete aber unschwer die Auskunft erteilen kann."⁴

Grundsätzlich gibt es aber im Rahmen der Vertragsverhandlungen keine Verpflichtung zur Auskunftserteilung.⁵ Auch

1) vgl. dazu etwa MünchKomm-Roth § 242 Rdnr. 167 ff

2) vgl. oben § 3 II b; MünchKomm-Keller § 260 Rdnr. 8 ff

3) z.B. §§ 402 (Zedent), 444 (Verkäufer), 666 (Beauftragter), 713 (Gesellschafter), 2057 (Miterbe) BGB

4) Soergel-Knoopp § 242 Bem. 133; RGZ 108,7; 126, 123; BGHZ 10, 385; 44, 271; BGH WM 1966, 1137 (1139)

5) Soergel-Knoopp § 242 Bem. 136; a.M. OLG Schleswig JZ 1952, 592 m. abl. Anm. v. Nirk

während einer vertraglichen Beziehung besteht sie nur, soweit sie dem Verpflichteten zumutbar ist, wenn also der Verpflichtete die Auskunft ohne größere Nachforschungen oder anderem erheblichen Aufwand geben kann.¹

Für den Gläubiger kann im Rahmen eines Bürgschaftsverhältnisses nichts anderes gelten als bei anderen Rechtsverhältnissen. Vor Abschluß des Bürgschaftsvertrages besteht für ihn keine Verpflichtung gegenüber dem Bürgen, dessen Auskunftersuchen nachzukommen, denn sollte sich die Auskunft als unzutreffend erweisen, hat der Bürge ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung und der Gläubiger würde seinen Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrag verlieren (§ 142 Abs. 1 BGB). Im Rahmen der Bürgschaftsverhandlungen ist im übrigen kaum denkbar, daß der Bürge von wesentlichen Tatsachen in entschuldbarer Weise keine Kenntnis hat, da der Hauptschuldner aufgrund des Treueverhältnisses jedenfalls zur Auskunft verpflichtet ist.

3. Beratungspflicht

Die Beratungspflicht beinhaltet die Mitteilung von Tatsachen und Werturteilen und deren Bewertung. Zumeist geschieht die Beratung durch Ratschlag und Empfehlung, also durch die Mitteilung von Werturteilen. Obwohl diese Werturteile, z.B. die Beurteilung der Bonität, aufgrund objektiver Tatsachen in zumeist intersubjektiv nachvollziehbarer Weise entstehen, so handelt es sich doch nicht um objektiv überprüfbare Tatsachen. Die Aussage über die Kreditwürdigkeit ist nicht ein objektives Faktum, sondern nur eine persönliche, wenn auch objektivierbare, Einschätzung.

Vor dem Gläubiger kann bei Verhandlungen über den Abschluß eines Bürgschaftsvertrages nicht verlangt werden, den Bürgen

1) BGH NJW 1958, 1964

zu beraten.¹ Hielte man den Gläubiger für verpflichtet, den Bürgen in diesem Fall zu beraten, so schwebte permanent wegen des großen Risikos einer Fehlberatung das Damoklesschwert der Haftung aus culpa in contrahendo über ihm.² Der Sicherungszweck der Bürgschaft und die uneingeschränkte Risikoübernahme durch den Bürgen verbieten die Belastung des Gläubigers mit einer Beratungspflicht.

4. Aufklärungspflicht

Der Bürge leistet die Bürgschaft nur u. a. im Vertrauen darauf, daß die Furcht des Gläubigers vor diesem Risiko unbegründet ist.

Diese für den Bürgen notwendige Risikoeinschätzung kann er nur vornehmen, wenn er die für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit notwendigen Tatsachen kennt. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, welchen Umfang eine diesbezügliche Aufklärungspflicht des Gläubigers hat.

Eine Aufklärungspflicht während der Vertragsverhandlungen besteht in der Regel dann, wenn Tatsachen für den Gegner erkennbar, für seinen Entschluß von Bedeutung sind und er von diesen Vorgängen auf keine andere Weise Kenntnis erlangen kann.³ Wegen des natürlichen Interessenwiderstreits kann man davon ausgehen, daß vor Vertragsschluß regelmäßig nur ganz geringe Aufklärungspflichten bestehen.⁴ Die Sta-

-
- 1) Diese Pflicht kann sich natürlich aus einem anderen Rechtsverhältnis, wie z.B. einem Beratungsvertrag, ergeben. Dieses Rechtsverhältnis ist aber unabhängig von den vorvertraglichen Pflichten bei den Verhandlungen, die auf den Abschluß eines Bürgschaftsvertrages hinzielen, (Soergel-Knopp § 242 Bem. 145; Reuß AcP 154, 485 (518); BGHZ 12, 105)
 - 2) Zwar ist die Haftung wegen eines falschen Rates oder einer falschen Empfehlung grundsätzlich ausgeschlossen (§ 676 BGB), doch hat die Rechtsprechung eine Haftung aus c.i.c. dann bejaht, wenn ein Vertrauensverhältnis besteht oder entsteht. (BGH BB 1956, 770; WM 1970, 632)
 - 3) RGZ 120, 152; 132, 310; Enneccerus-Nipperdey § 174 I 1 a
 - 4) Staudinger-Coing § 123 Anm. 23 c

tuierung einer allgemeinen Aufklärungspflicht im vorvertraglichen Bereich hieße, daß die Gewinnchance eines Partners aufgrund besserer Marktkennntnis und anderer, oft mühsam erworbener Informationsvorsprünge zunichte gemacht werden würden. In bestimmten Fällen kann aber das Ausnutzen der so gewonnen Vorteile unbillig sein.¹

Damit besteht, insbesondere bei der Statuierung von Aufklärungspflichten, die schwierige Aufgabe, zwischen der Verfolgung eigener berechtigter Interessen und der Pflicht zur Wahrung der Interessen der Gegenpartei einen angemessenen Ausgleich zu schaffen. Jede Lösung dieses Interessenkonfliktes kann nur aufgrund der jeweiligen, ganz konkreten Einzelfälle ermittelt werden.²

Es ist aber zuerst zu untersuchen, ob es nicht bestimmte Fallgruppen von Tatsachen gibt, die für die Beurteilung des Bürgschaftsrisikos von Bedeutung sein könnten, bei denen aber dennoch aus rechtlichen Gründen eine Aufklärung nicht möglich ist oder bei denen eine Aufklärung geboten ist.

a) Rechtliche Aufklärungsverbote

Die Aufklärung über bestimmte Tatsachen wird von der Rechtsordnung dadurch verboten, daß ihre Offenbarung unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Sanktion führt. Als Sanktionsmöglichkeiten können dabei eine vertrags- oder deliktsrechtliche Schadensersatzhaftung genauso wie eine strafrechtliche Ahndnung in Frage kommen. Eine Aufklärungspflicht bezüglich solcher Tatsachen ist aber niemandem zuzumuten.

aa) Strafrechtliche Offenbarungsverbote

Es ist denkbar, daß der Gläubiger Tatsachen kennt, die so bedeutend für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit des

1) MünchKomm-Roth § 242 Rdnr. 205

2) MünchKomm-Roth § 242 Rdnr. 205

Schuldners sind, ohne jedoch dem Bürgen bekannt zu sein, daß der Gläubiger an sich verpflichtet wäre, darüber den Bürgen von sich aus aufzuklären, aber dabei möglicherweise eine strafrechtliche oder deliktsrechtliche Sanktion zu gewärtigen hat. Mit der Verletzung der strafrechtlichen Bestimmungen geht gleichzeitig die deliktsrechtliche Haftung nach § 313 Abs. 1 StGB einher, soweit der Schutzzweck der strafrechtlichen Norm sich auf das Rechtsgut des Verletzten erstreckt.¹

Für die Beurteilung der Bonität durch den Bürgen kann es von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob der Hauptschuldner über besondere Produktionsmethoden oder technische Neuerungen verfügt, da sich dadurch ganz andere Gesichtspunkte für die zukünftige Zahlungsfähigkeit ergeben können. So wie der Bürge ein erhebliches Interesse an der Kenntnis von möglicherweise neuen, billigeren Produktionsabläufen des Schuldners hat, so hat er ebenso ein Interesse an der Kenntnis überalterter und unwirtschaftlicher Geschäfts- und Produktionsmethoden. Einer strafrechtlichen Sanktion unterliegen dabei vor allem die Verletzung der Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die dem Gläubiger als "Geheimnisträger" i.S.d. § 203 Abs. 1 und 2 StGB bekannt geworden sind. Zu diesen Tatsachen gehören auch jene, die dem Steuergeheimnis, dessen Verletzung durch § 30 AO strafrechtlich geahndet wird, unterliegen²; nicht jedoch das Bankgeheimnis, das keinen strafrechtlichen Schutz genießt.

bb) Vertraglich geschützte Tatsachen

Die in der Praxis wichtigste vertragsrechtliche Einschränkung, die dem Gläubiger eine Aufklärung verbietet, ist die Verpflichtung der Kreditinstitute zur Wahrung des Bankgeheimnisses. Sie beruht nicht auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, sondern auf dem Vertrauensverhältnis, das zwischen dem Kunden und der Bank durch den Bankvertrag

¹⁾ vgl. dazu Larenz SchR AT § 27 III 2 m. zahlr. Nachw. zum Streitstand

²⁾ § 30 AO beschränkt den Täterkreis auf Amtsträger

entsteht.¹ Es umfaßt nicht nur Tatsachen, sondern auch Werturteile², die den Kunden betreffen, und allgemeine Tatsachen, sofern sie jemand nur durch die Bank erfahren könnte.³ Nach h.M. beginnt der Schutz des Bankgeheimnisses bereits im vorvertraglichen Stadium⁴ und dauert noch nach Vertragsende fort.⁵

Die Verschwiegenheitspflicht umfaßt alle Tatsachen, die der Kunde geheimzuhalten wünscht.⁶ Allein entscheidend ist dabei der wirkliche Wille des Kunden, gleichgültig, ob der Kunde ein vernünftiges Interesse hat.⁷ Nur wenn der tatsächliche Wille des Kunden nicht bekannt ist und nicht durch Rücksprache zu ermitteln ist⁸, kommt es auf seinen mutmaßlichen Willen an, und wenn auch dieser nicht zu ermitteln ist, bildet das objektive Interesse des Kunden die Entscheidungsgrundlage.⁹ Im Zweifel ist anzunehmen, daß der subjektive Wille des Kunden auf eine Geheimhaltung zielt¹⁰. Der Verschwiegenheitspflicht unterliegen jedoch nur diejenigen Tatsachen, die der Bank im Zusammenhang mit ihrer Geschäftsverbindung mit dem Kunden bekannt geworden sind.¹¹

-
- 1) RGZ 126, 50; 139, 103; BGHZ 27, 241 (246); HGB-RGRK-Ratz Anhang zu § 349 Anm. 22; Baumbach-Duden Anh. I zu § 406 Anm. 1 g; Schönle, Bankrecht § 5 I 1; Sichtermann, Bankgeheimnis S. 92 ff m.w. Nachw.; Müller NJW 1972, 1338; a.A. Canaris, BankvertragsR. Anh. nach § 357 Anm. 28
 - 2) Sichtermann; Bankgeheimnis S. 106 f, 108 f; Wolf AG 1968, 287; Schraepler NJW 1972, 1838
 - 3) Sichtermann, Bankgeheimnis S. 114; Wolf DB 68, 696
 - 4) BGH DB 1953, 1031; Sichtermann, Bankgeheimnis S. 599 f; Wolf AG 68, 696
 - 5) BGH DB 1953, 993
 - 6) BGHZ 27, 246; ähnlich RGZ 139, 103 (105); Schönle, Bankrecht § 5 I 1; Sichtermann, Bankgeheimnis S. 110 ff; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 365 Anm. 20; HGB-RGRK-Ratz Anh. zu § 349 Anm. 22; Canaris, BankvertragsR. Anh. nach § 357 Anm. 33
 - 7) OLG Dresden OLGE 40, 377; Sichtermann, Bankgeheimnis S. 111 f; Schönle, Bankrecht § 5 I 1
 - 8) BGH WM 1971, 817 (818); Canaris, BankvertragsR. Anh. nach § 357 Anm. 38; Schraepler NJW 1972, 1838
 - 9) Wolff DB 1968, 696; Sichtermann, Bankgeheimnis S. 112
 - 10) Canaris, BankvertragsR. Anh. nach § 357 Anm. 33
 - 11) Sichtermann, Bankgeheimnis S. 103 ff; Wolf DB 1968; Schönle Bankrecht § 5 I 1

cc) Der deliktsrechtliche Schutz

Aufgrund der deliktsrechtlichen Vorschriften kann sich eine Verschwiegenheitspflicht des Gläubigers über Tatsachen, die dem Schutzbereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes¹ und des allgemeinen Persönlichkeitsrecht² angehören, ergeben.

Der deliktische Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb soll den Bestand und die Fortführung des Betriebs sichern³ und umfaßt die Gesamtheit jener Werte, die den Betrieb ausmachen⁴. Geschützt ist der Betriebsinhaber gegen unmittelbare betriebsbezogene⁵ Eingriffe durch Außenstehende.⁶ Ausreichend und notwendig ist dafür, daß die Handlung den Eingriff möglicherweise bezwecken könnte.⁷

Die Haftung wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist aber subsidiär gegenüber den Verhaltensvorschriften der §§ 823 Abs. 2, 824 BGB und den Sondertatbeständen des UWG. Die materielle Ausfüllung der Generalklausel hat so zu erfolgen, daß zunächst durch wertende Betrachtung eine neue Verhaltensnorm herausgearbeitet wird und anschließend untersucht wird, ob eine rechtswidrige Beeinträchtigung vorliegt.⁸ So kann die Bekanntgabe bestimmter Tatsachen, die für die Einschätzung des Bürgerschaftsrisikos von Bedeutung sein können, gleichzeitig ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten

1) vgl. dazu BGH NJW 1963, 484; BGHZ 45, 307; v. Caemmerer FS DJI S. 49 (83 ff); Buchner, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz 1971;

2) BGHZ 13, 334; Palandt-Thomas § 823 Anm. 15; v. Caemmerer, FS Hippel, S. 27 ff; derselbe, FS DJT S. 102 ff

3) BGH NJW 1969, 1207

4) BGH DB 1971, 571

5) BGHZ 129, 165; v. Caemmerer FS DJT S. 86 f

6) Herschel DB 1975, 690

7) Larenz NJW 1956, 1719

8) Lehmann NJW 1959, 670

Gewerbebetrieb sein. Der BGH hat eine rechtswidrige Beeinträchtigung durch die Aufstellung von Listen säumiger Zahler¹ und bei einem Hinweis auf die mangelnde geschäftliche Zuverlässigkeit angenommen.²

Tatsachen, die zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit von Bedeutung sind, können auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzen, wie etwa die verzerrte Darstellung einer politischen Auffassung oder der Hinweis auf einen unsoliden Lebenswandel.

Gerade die mögliche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist bei der Beurteilung der Persönlichkeit des Hauptschuldners und bei der Frage nach seiner Vertrauenswürdigkeit von besonderer Bedeutung. Die Beurteilung der Kreditwürdigkeit als persönliche Eigenschaft des Kreditnachfragers setzt eine möglichst genaue Kenntnis aller seiner Eigenschaften voraus. Dabei wird im Regelfall kaum zu verhindern sein, daß der Gläubiger Tatsachen, die in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Schuldners fallen, preisgibt. Der Gläubiger ist jedenfalls nicht gehindert, allgemeine Äußerungen, wie etwa, der Schuldner sei integer, zu machen. Da aber bei jeder Äußerung die Möglichkeit einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts besteht, kann der Gläubiger insofern keine Aufklärungspflicht haben.

Dem Schutz des Kredits eines Menschen dient speziell § 824 BGB. Diese Vorschrift will die wirtschaftliche Wertschätzung von Personen und Unternehmen vor unmittelbaren Beeinträchtigungen, die durch die fahrlässige Verbreitung unwahrer Tatsachen herbeigeführt werden³, schützen. Dieser Schutz bezieht sich dabei aber nur auf die wahrheitswidrige Behauptung und Verbreitung von Tatsachen.⁴ Soweit eine Kreditgefährdung durch vorsätzliches Verbreiten unwahrer Tatsachen,

1) BGHZ 8, 142 ff (Schwarze Listen)

2) BGH GRUR 1956, 212 (Wirtschaftsarchiv)

3) Palandt-Thomas § 824 Anm. 1, Larenz SchR BT § 73 I; BGH NJW 1978, 2151

4) BGH NJW 1963, 1872; 1965, 37; OLG Düsseldorf NJW 1978, 704; Enneccerus-Lehmann § 237 I 1

durch üble Nachrede oder durch verleumderische Beleidigung herbeigeführt wird, kann sich aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 186, 187 StGB eine Schadensersatzpflicht ergeben.¹

Der Tatbestand der Kreditgefährdung kann nur durch die Verbreitung von unwahren Tatsachen erfüllt werden. Eine Äußerung über eine Tatsache liegt dann vor, wenn der Inhalt einer objektiven Klärung zugänglich ist und grundsätzlich auch bewiesen werden könnte. Bei Aussagen, die zum Teil objektiv überprüfbar sind und zum Teil Wertungen beinhalten, kommt es darauf an, wie sie ein Dritter verstehen mußte.² Daraus ergibt sich für die Aufklärungspflicht, daß der Gläubiger über den Hauptschuldner keine unwahren Tatsachen verbreiten darf; das ist aber selbstverständlich. Es ergibt sich daraus aber auch die Pflicht zu einer besonderen Gewissenhaftigkeit bei der Überprüfung von Angaben, die die Vermögensverhältnisse und die Kreditwürdigkeit eines anderen betreffen, und zwar selbst dann, wenn es sich um vertrauliche Mitteilungen handelt.³

Hätte jedoch entweder der Gläubiger oder der Bürge ein objektiv berechtigtes Interesse an der Mitteilung, so haftet der Gläubiger nicht (§ 824 Abs. 2 BGB).⁴ Da jedoch sowohl Gläubiger als auch Bürge durch die Auskunft ihre eigenen Rechte zu schützen suchen, wird bei sachdienlichen Aussagen über die Kreditwürdigkeit kaum eine Schadensersatzhaftung des Gläubigers eintreten.

-
- 1) Palandt-Thomas § 824 Anm. 1; Larenz SchR BT § 73 I Enneccerus-Lehmann § 237
 - 2) BGH DB 1974, 1429; Palandt-Thomas § 824 Anm. 2; BGB-RGRK-Haager § 824 Anm. 7 ff; a.A. Schneider MDR 1978, 613; z.B. Werturteil: "Schwindelfirma" RGZ 101, 337 (338); "billiger Schmarrn" BGH NJW 1975, 36; Tatsache: Schwarzhandel BGH NJW 1951, 352; über "langsame Zahler" Lingenberg NJW 1954, 449
 - 3) RG JW 1927, 1994; Palandt-Thomas § 824 Anm. 5
 - 4) Larenz SchR BT § 73 I; Palandt-Thomas § 824 Anm. 6 a

b) Rechtliche Aufklärungsgebote

Im Gegensatz zu der oben erläuterten Pflicht, die dem Gläubiger eine Offenbarung verbietet, verlangt die Rechtsordnung, daß der Gläubiger den Bürgen über bestimmte Tatsachen aufklärt.

aa) Aufklärungspflicht nach § 123 BGB

Man könnte daran denken, daß Aufklärungspflichten mittelbar daraus resultieren, daß ihre Nichterfüllung dem Bürgen die Möglichkeit zur Anfechtung gem. § 123 BGB eröffnet. Bei dieser Vorschrift ergeben sich Überschneidungen mit dem strafrechtlichen Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB), soweit ein Hervorrufen oder Aufrechterhalten eines Irrtums durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen vorausgesetzt wird und mit dem Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB), soweit eine widerrechtliche Drohung vorausgesetzt wird.¹

§ 123 BGB kann aber selbständig keine Pflichten begründen, sondern kann zur Beachtung einer bestehenden Aufklärungspflicht dadurch anhalten, daß der Berechtigte durch Anfechtung das Schuldverhältnis zunichte macht. Die Aufklärungspflichten selbst ergeben sich aus § 242 BGB.² Äußert sich jedoch der Gläubiger zum Bürgschaftsrisiko, sind an die Wahrheitspflicht strenge Anforderungen zu stellen³; er ist dann verpflichtet, alle Umstände, die für den Bürgen erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind, darzulegen und muß die erkennbaren Irrtümer des Bürgen beseitigen.⁴ Der Gläubiger hat den Bürgen von sich aus darüber aufzuklären, für welche Forderungen die Bürgschaft dient⁵ und in welchem Maße der Hauptschuldner bei dem Gläubiger bereits verschuldet ist.⁵

1) Palandt-Heinrichs § 123 Anm. 2 a; RGZ 134, 55

2) Enneccerus-Nipperdey § 174 I; MünchKomm-Kramer § 123 Rdnr. 15 ff

3) BGH WM 1956, 885 (888)

4) RGZ 91, 86; RG HRR 1936 Nr. 396; BGH WM 1960, 640; MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 30

5) RG Seuff A 89 Nr. 68

6) BGH WM 1963, 24 (27)

Daneben ergibt sich aus § 123 BGB, daß der Gläubiger jeden verwerflichen Druck auf die Willensentschließung und Willensbetätigung des in Aussicht genommenen Bürgen zu unterlassen hat¹; insbesondere kann bereits die Androhung des Konkurs- oder Strafantrags² darunter fallen.

bb) Aufklärungspflicht nach § 18 KWG

§ 18 KWG bestimmt, daß Kreditinstitute, die einen Kredit von mehr als DM 50.000,-- einem Kreditnehmer gewähren wollen, verpflichtet sind, sich zuvor die wirtschaftlichen Verhältnisse³ des Kreditnachfragers offenlegen zu lassen. Unter den Begriff des Kredits fällt nach § 19 Abs. 1 Nr. 4 KWG auch jede Form des Avalkredits⁴. Diese Verpflichtung gilt jedoch nicht für Privatgläubiger, sondern nur für Kreditinstitute.⁵

Aus § 18 KWG ergibt sich demnach nur eine Verpflichtung für Kreditinstitute, wenn sie selbst als Bürge auftreten wollen. Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Kreditinstitute hat aber nur zur Folge, daß sie als Bürgen verpflichtet sind, sich über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauptschuldners vor Abgabe einer Bürgschaftserklärung zu informieren. Damit enthält § 18 KWG aber keine Aufklärungspflicht des Gläubigers, sondern eine Pflicht der Kreditinstitute, die deren Schutz dient.

-
- 1) BGH LM § 123 Nr. 32; Nr. 28; MünchKomm-Kramer § 123 Rdnr. 21 ff
 - 2) BGHZ 25, 217 (220 f) = NJW 1957, 1796; BGH WM 1973, 36 f; 1973, 574 f
 - 3) Cronsbruch KWG § 18 Anm. 3
 - 4) Cronsbruch KWG § 19 Anm. 6; Szagunn KWG § 19 Anm. 19 ff
 - 5) "Kreditinstitute sind Unternehmen, die Bankgeschäfte betreiben, wenn der Umfang dieser Geschäfte einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert." Vgl. § 1 KWG

- c) Tatsachen, für die Aufklärung weder verboten noch geboten ist

Neben denjenigen Tatsachen, über die der Gläubiger den Bürge aufklären muß und jenen, für die er einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt, gibt es Tatsachen, die der Bürge unschwer aus allgemein zugänglichen Quellen entnehmen kann. Soweit sich solche Fakten durch allgemein zugängliche Quellen feststellen lassen, ist es jedenfalls nicht notwendig, dem Gläubiger eine Aufklärungspflicht aufzuerlegen, da sich der Bürge Kenntnis von diesen Tatsachen ohne große Probleme selbst verschaffen kann. Da der Bürge gerade die Einschätzung des Bürgschaftsrisikos selbst durchführen muß, kann er nicht erwarten, daß ihn der Gläubiger von sich aus über Vorgänge aufklärt, die er sich selbst erarbeiten kann.

Für die Kreditwürdigkeitsprüfung kommen dabei hauptsächlich die öffentlichen Register, die Presse und das Auskunftswesen in Frage.

Bei den öffentlichen Registern haben das Handelsregister und das Grundbuch für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit als Informationsquelle die größte Bedeutung. Da das Handelsregister in erster Linie dem Interesse des Publikums an der Offenlegung der kaufmännischen Verhältnisse dient¹, lassen sich aus ihm wertvolle Informationen über die rechtlichen Verhältnisse des Hauptschuldners gewinnen. Dabei ist für die Einschätzung des Risikos der Bürgschaftsübernahme die positive (§ 15 Abs. 3 HGB) und negative (§ 15 Abs. 1 u. 2 HGB) Publizitätswirkung² von Bedeutung, da sich die einzutragenden Tatsachen aus ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften³ oder auch, in Ausnahmefällen, aus dem Sinn und Zweck des Handelsregister ergeben.⁴ So weiß der Bürge zum einen, daß von allen eintragungspflichtigen Tatsachen und Vorgängen nur

1) Capelle-Canaris, Handelsrecht § 3 II;

2) Capelle-Canaris, Handelsrecht § 3 III;

3) im HGB: §§ 2, 3, 13 - 13 c, 25 Abs. 2, 28 Abs. 2, 29, 31 - 34, 53, 107, 125 Abs. 4 usw.; vgl. Baumbach-Duden HGB § 15 Anm. 26, § 108 Anm. 1 B u. C; § 162 Anm. A u. C.

4) Baumbach-Duden HGB § 8 Anm. 3

die eingetragenen bei dem jeweiligen Hauptschuldner vorliegen. Darüber hinaus schützt der öffentliche Glaube des Handelsregisters jedermann, soweit es sich um eine nicht eingetragene Tatsache handelt (§ 15 HGB).

Dem Bürgen ist zuzumuten, daß er sich selbst Kenntnis von den ins Handelsregister eingetragenen Tatsachen verschafft, da nach § 9 Abs. 1 HGB jedermann ohne den Nachweis eines Interesses¹ die Einsicht gestattet ist und jeder eine Abschrift der Eintragung und der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke fordern kann (§ 9 Abs. 2 HGB).

Ebenso wie das Handelsregister wird durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches der gute Glaube an die Richtigkeit der ins Grundbuch eingetragenen Tatsachen geschützt (§§ 891, 892 BGB). Auch die darin eingetragenen Tatsachen ergeben sich aus gesetzlichen Vorschriften (§ 873 BGB). Im Gegensatz zum Handelsregister ist jedoch die Einsicht nicht jedermann gestattet, sondern nur dann zugelassen, wenn der Betroffene ein "berechtigtes Interesse" (§ 12 GBO)² darlegt. Da derjenige, der dem Eigentümer eines Grundstücks einen Personalkredit einräumt oder eingeräumt hat, regelmäßig ein berechtigtes Interesse hat³, ist auch das tatsächliche Interesse des potentiellen Bürgen ausreichend, um Grundbucheinsicht nehmen zu können.

Da der Bürge sich selbst ohne größere Schwierigkeiten über Grundbucheintragungen informieren kann, besteht über Tatsachen, die daraus zu entnehmen sind, jedenfalls keine Aufklärungspflicht des Gläubigers.

In der Praxis wohl nicht von so großer Bedeutung sind eine Reihe von anderen Registern. Sie haben zum Teil ähnliche Gutglaubenswirkungen wie das Grundbuch und das Handelsre-

1) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhahn § 9 Anm. 3

2) "Berechtigtes Interesse" ist weiter als "rechtliches" Interesse; es genügt, daß der Antragsteller ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse verfolgt. OLG München HRR 1937 Nr. 739; OLG Hamm Rpfleger 1971, 107

3) BayObLG Rpfleger 1975, 361; Horber GBO, § 12 Anm. 2 A

gister (so z.B. das Güterrechtsregister¹⁾ und zum Teil gänzlich andere Funktion. So dient das Warenzeichenregister und die Patentrolle zum Nachweis und Schutz urheberrechtlicher Wirkungen², das Bundeszentralregister zur Erfassung der strafrechtlichen Verurteilungen einer Person³ und die Handwerksrolle zur Bestätigung der Handwerkseigenschaft⁴. Alle diese Register sind grundsätzlich öffentlich, und nur teilweise ist eine Einsichtnahme von dem Vorhandensein oder dem Nachweis eines Interesses abhängig.⁵

Von großer Bedeutung für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners können Veröffentlichungen in der Presse sein. Im Vergleich zu den Registern sind die Presseveröffentlichungen ohne Beschränkung der Zugangsmöglichkeit, jedoch ist ihr Informationswert nicht so gesichert wie der der Register, da die Veröffentlichungen nach Gutdünken und Geschmack der Journalisten und Redakteure erfolgt und nicht, wie im Registerrecht, gesetzlich vorgeschrieben ist. Soweit es sich um Tatsachen handelt, die in der allgemein zugänglichen und üblichen Tagespresse veröffentlicht werden, wäre grundsätzlich eine Aufklärungspflicht unzumutbar, da der Gläubiger regelmäßig davon ausgehen kann, daß der Bürge diese Tatsachen kennt.

Es ist aber zweifelhaft, ob dies auch bei Tatsachen, die zwar veröffentlicht wurden, aber nur durch bestimmte Fachzeitschriften zugänglich sind, gilt. Handelt es sich dabei um Tatsachen, die für den vernünftigen Bürgen regelmäßig von Bedeutung sind, so wird der Gläubiger wohl eine Aufklärungspflicht haben. Da ein Hinweis auf die entsprechende Fundstelle genügt, um dem Bürgen die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme zu geben, ist das auch zumutbar.

Bei Tatsachen, die nur einem beschränkten Kreis der Öffentlichkeit zugänglich sind, wie beispielsweise unveröffent-

1) §§ 1558 ff BGB; Gernhuber Familienrecht, § 33

2) §§ 15 f WZG; §§ 30 ff PatG; ähnlich §§ 3 ff GebrG

3) §§ 3 ff BZRG

4) §§ 6, 7 HandwO

5) §§ 31 PatG, 3 Abs. 5 GebrMG, 3 Abs. 2 WZG, 6 Abs. 2 HandwO; anders § 28 BZRG

lichte Jahresabschlüsse von Gesellschaften mit beschränkter Haftung¹ oder gutachterliche Stellungnahmen, wird man grundsätzlich von einer Aufklärungspflicht des Gläubigers ausgehen können. Denn Tatsachen aus solchen Berichten und Gutachten sind bereits öffentlich und damit potentiell jedermann bekannt. Lediglich der Bürge kann aufgrund der Umstände von diesen Berichten praktisch keine Kenntnis nehmen. Eine Aufklärung ist dem Gläubiger auch zuzumuten, da ein entsprechender Hinweis nur wenig belastet und keinem Interesse zuwiderläuft. Auf der anderen Seite erhält der Bürge gerade dadurch die Möglichkeit einer besseren Risikoabschätzung.

Wirtschaftlich wertvolle Informationen für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit sind von den zahlreichen Auskunftsteilen² zu erhalten. In aller Regel sind diese Auskünfte jedoch nur zu erhalten, wenn der Auskunftsnehmende bestimmte Voraussetzungen erfüllt; das sind Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufs- oder Gewerbebezweig, Mitgliedschaft in einem Verband und ähnliches. Diese Informationen sind, ebenso wie der Pressebericht mancher Unternehmen, zwar beschränkt öffentlich, da aber die Informationen des Auskunftswesens nicht nur reine Tatsachen³, sondern auch Werturteile⁴ beinhalten und zumeist unter Ausschluß jeglicher Gewährleistung erfolgen, kann dem Gläubiger darüber keine Auskunftspflicht dem Bürgen gegenüber auferlegt werden, da er die Richtigkeit der Tatsachen nicht überprüfen kann und somit nicht gewährleistet, daß der Bürge eine bessere Entscheidungsgrundlage erhält.

d) Der verbleibende Tatsachenbereich

Neben denjenigen Tatsachen, über die der Gläubiger aufklären muß und denjenigen, über die er den Bürgen nicht aufklären

1) Die Jahresabschlüsse von Aktiengesellschaften sind zu veröffentlichen (§§ 177, 178 AktG)

2) dazu Lingenberg NJW 1954, 449

3) Überschreitung des Zahlungsziels; Scheck- und Wechselproteste; Pfändung; Rechtsstreitigkeiten;

4) z.B. "langsame Zahler" BGH NJW 1953, 297

darf und jenen, die der Bürge aus allgemein zugänglichen Quellen entnehmen kann, verbleibt noch ein Tatsachenbereich, den nur der Gläubiger kennt und der für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit von Bedeutung ist.

Im Regelfall wird der Gläubiger selbst vor der Kreditvergabe die Bonität des Schuldners überprüfen¹; in vielen Fällen besteht zwischen Gläubiger und Hauptschuldner eine ständige Geschäftsverbindung aufgrund derer der Gläubiger genau über die Lage des Schuldners informiert ist; sein Informationsvorsprung kann von einem möglichen Bürgen nicht mehr eingeholt werden. Es fragt sich, ob in diesen Fällen eine Aufklärungspflicht besteht.

Wie oben² dargestellt wurde, ist eine Aussage über die Kreditwürdigkeit eine mit vielen Unsicherheiten behaftete Prognose. Da der Gläubiger gerade wegen der möglichen Fehler der Prognose sich durch eine Bürgschaft sichern möchte, kann ihm eine Aufklärung über seine Gesamteinschätzung nicht zugemutet werden, denn er würde bei einer fehlerhaften Einschätzung und damit auch fehlerhaften Aufklärung den Anspruch aus der Bürgschaft verlieren. Eine Aufklärungspflicht über die Gesamteinschätzung der Kreditunwürdigkeit würde damit die Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel völlig untauglich machen. Eine Aufklärungspflicht über einzelne Tatsachen, die dem Gläubiger aufgrund der Kreditwürdigkeitsprüfung oder der Geschäftsverbindung bekannt sind, ist ihm grundsätzlich auch nicht aufzuerlegen, da er nicht verpflichtet ist, dem Bürgen das geschäftstypische Risiko abzunehmen. Nur in dem sehr eng begrenzten Ausnahmefall, daß der Bürge von ganz offensichtlich falschen Annahmen ausgeht, wird man den Gläubiger zur Aufklärung verpflichtet halten müssen. Ebenso wird man eine Aufklärungspflicht dann annehmen müsse, wenn offensichtlich der Hauptschuldner dem Bürgen falsche Informationen gegeben hat.

1) Kreditinstitute sind dazu nach § 18 KWG verpflichtet

2) vgl. § 6 II 2 a

III. ZUSAMMENFASSUNG

Der Gläubiger muß vor Abschluß des Bürgschaftsvertrages dafür Sorge tragen, daß weder die Gesundheit noch andere Rechtsgüter des Bürgen verletzt oder gefährdet werden.

Er ist verpflichtet, bei den Vertragsverhandlungen aktiv fördernd mitzuwirken, auf Fragen des Bürgen wahrheitsgemäß zu antworten, soweit er eine Beantwortung nicht ausdrücklich ablehnt, aber nicht den Bürgen zu beraten. Eine Verpflichtung zur Aufklärung des Bürgen besteht für den Gläubiger nur dann, wenn der Bürge sich erkennbar über eine Tatsache, die er offensichtlich zur Grundlage seiner Entscheidung macht, irrt und soweit nicht die Aufklärung durch strafrechtliche oder deliktsrechtliche Normen sanktioniert werden würde. Eine Aufklärung über allgemein bekannte Tatsachen ist dem Gläubiger nicht zuzumuten.

§ 10 ZUR AUFKLÄRUNGSPFLICHT ÜBER DIE KONKRETEN TATSACHEN
=====

I. DIE PERSÖNLICHEN EIGENSCHAFTEN

Oben wurde dargestellt, daß das Vertrauen in den Kreditnehmer entscheidend für dessen Kreditwürdigkeit ist.¹

Bei der Beurteilung, ob der Hauptschuldner tatsächlich die Eigenschaften eines echten Unternehmers² hat, handelt es sich immer um ein Werturteil. Eine Aufklärungspflicht über ein Werturteil ist aber stets zu verneinen, da es sich letztlich um eine ganz subjektive Entscheidung handelt. Allein dadurch, daß der Gläubiger einen Kredit gewähren will oder eine Forderung nicht sofort einzieht, kommt schon zum Ausdruck, daß er den Hauptschuldner insofern positiv einschätzt.

Die Frage, ob der Hauptschuldner kreditwürdig ist, entscheidet sich jedoch aufgrund vieler Tatsachen. Es fragt sich daher, über welche Tatsachen der Gläubiger den Bürgen aufklären muß.

Nach den oben aufgezeigten Grundsätzen³ muß von einer Aufklärungspflicht dann ausgegangen werden, wenn es sich um Tatsachen handelt, die der Bürge nicht kennen kann und denen bei der Bonitätsprüfung erhebliche Bedeutung zuerkannt wird. Tatsachen, die Rückschlüsse auf die Zahlungsmoral, Vertragstreue und das allgemeine geschäftliche Verhalten des Bürgen zulassen, sind in diesem Bereich von Bedeutung. Wenn der Bürge mit dem Hauptschuldner selbst eine ständige Geschäftsbeziehung unterhält, kann er kaum erwarten, daß er über das Geschäftsgefahren des Hauptschuldners aufgeklärt wird. Eine Aufklärungspflicht ist nicht zumutbar, da der Gläubiger erwarten darf, daß der Bürge diese Fakten selbst kennt oder sich Kenntnis verschaffen kann.

1) vgl. oben § 6 II 2 a

2) dazu Kalveram S. 137 f

3) vgl. dazu oben § 6 II 2 a dd

Auch im Fall einer außergeschäftlichen Beziehung ist es dem Bürgen zuzumuten, sich selbst Kenntnis zu verschaffen. Erkennt hingegen der Gläubiger, daß nur eine lockere Beziehung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner besteht, die dem Bürgen weder Einsichtsmöglichkeiten noch Einflußmöglichkeiten gewährt, so könnte eine Aufklärungspflicht dann bestehen, wenn der Bürge sich in einem für den Gläubiger erkennbaren Irrtum befindet, oder ihm Vorgänge nicht bekannt sind, die die Entscheidung wesentlich beeinflussen können.

II. DIE WIRTSCHAFTLICHE LAGE

Für die Praxis ist die wirtschaftliche Lage, so wie sie sich an Hand der Zahlen des Rechnungswesens ergibt, der wichtigste Indikator für die Bonität.

1. Die aufgrund gesetzlicher Vorschriften erstellten Jahresabschlüsse

Ein Teil der Jahresabschlüsse unterliegt der gesetzlichen Publikationspflicht.¹ Der Publikationspflicht liegt der Gedanke zugrunde, daß die interessierte Öffentlichkeit sich über die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens ausreichend informieren kann.² Gerade der Bürge gehört zu dieser interessierten Öffentlichkeit. Dem Bürgen ist es zuzumuten, sich selbst um die Kenntnis dieser Daten zu bemühen, da jedenfalls bei Aktiengesellschaften eine Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern und die Einreichung zum Handelsregister³ zu erfolgen hat. Der Gläubiger kann seinerseits davon ausgehen, daß der Bürge die gesetzlichen Regelungen insoweit kennt und sich die Kenntnis selbst verschafft.

1) § 1 PublG; §§ 177 ff AktG

2) §§ 149 Abs. 1 AktG; 145 Abs. 1 AO; dazu Coenenberg S. 32 ff; Jährig-Schuck S. 183

3) § 177 AktG

Fraglich ist aber, inwieweit der Gläubiger dem Bürge von sich aus die zwar gesetzlich vorgeschriebenen, aber nicht zu publizierenden Jahresabschlüsse zur Kenntnis bringen muß. Die gesetzliche Regelung des Steuergeheimnisses und die fehlende Publikationspflicht zeigen, daß diese Werte jedenfalls nicht einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden sollen. Die Publizitätspflicht einzelner Unternehmen ist dazu gerade die Ausnahme, weil deren gesamtwirtschaftliche Bedeutung so groß ist, daß ihre Lage für eine breite Öffentlichkeit von Bedeutung ist. Die gesetzliche Wertung durch das Steuergeheimnis¹ zeigt, daß diese Daten grundsätzlich Tatsachen sind, die der Privatsphäre angehören. Andererseits sind die Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen vom Hauptschuldner nach gesetzlichen Regeln erstellte Rechenwerke, die gerade wegen ihrer Nachvollziehbarkeit so große Bedeutung für die Beurteilung der Bonität haben. Da der Bürge seinerseits einen Anspruch auf die Vorlage der Bilanz² hat und man davon ausgehen kann, daß die Pflicht zu deren Erstellung allgemein bekannt ist, kann sich der Bürge diese Unterlagen problemlos selbst beschaffen. Eine diesbezügliche Aufklärungspflicht ist demnach abzulehnen.

2. Spezielle Vermögensübersichten

Zum Ausgleich der Unzulänglichkeiten³ der aufgrund steuerlicher oder handelsrechtlicher Vorschriften erstellten Jahresabschlüsse sind durch die Betriebswirtschaft eigens für die Kreditwürdigkeitsprüfung spezielle Instrumente entwickelt worden², die sich aus dem Zahlenmaterial des Rechnungswesens ergeben.

1) § 30 AO

2) Meist besteht ein Auftragsverhältnis oder ein ähnliches Vertrauensverhältnis, aufgrund dessen der Schuldner eine Informationspflicht und eine Pflicht zum Hinweis auf besondere Gefahren hat (Jauernig-Vollkommer, § 662 Anm. 4 b; Erman-Hauß vor § 662 Anm. 12)

3) vgl. dazu oben § 6 II 2 a b

4) z.B. Kreditstatus, dazu Moxter S. 321

In vielen Fällen läßt sich der Gläubiger diese Daten vor der Kreditvergabe vorlegen. Da sie meist eine höhere Aussagekraft als der Jahresabschluß besitzen, hat der Bürge ein großes Interesse daran, daß ihm diese Zahlen auch zugänglich gemacht werden. Da diese Aufstellungen nicht nach einheitlichen Methoden erstellt werden, liegt bereits in der Art und Weise der Erstellung eine Wertung aufgrund der spezifischen Überlegungen des Gläubigers. Es wäre also nicht damit getan, dem Bürgen nur das Ergebnis vorzulegen, sondern er müßte auch noch eine Erläuterung über die Art und Weise der Aufstellung erfolgen, da sonst bei dem Bürgen ein falscher Eindruck entstehen könnte.

Gerade aber die Bewertung der Bonität ist ein unsicheres Werturteil, das darüber entscheidet, ob der Bürge das Risiko tragen will oder nicht. Genau diese Gefahr hat der Bürge selbst zu tragen. Außerdem kann der Hauptschuldner dem Bürgen, der ihm ja seinen Kredit zur Verfügung stellt, redlicherweise nicht die Vorlage der entsprechenden Zahlen verweigern. Eine Aufklärungspflicht des Gläubigers ist also auch insofern zu verneinen.

3. Ergebnisse aus Analysen

Echte Ergebnisse zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage erhält der Kreditgeber erst dann, wenn er die obengenannten Rechenwerke analysiert und einen Perioden- und Branchenvergleich durchführt. Die Daten, die in die Analyse eingehen, stammen entweder von dem Hauptschuldner oder von dem Kreditnachfrager selbst, oder aus öffentlichen Quellen, wie z.B. Berichte in den Zeitungen oder sie sind von dem Gläubiger selbst erarbeitet, z.B.: Branchenberichte aus den volkswirtschaftlichen Abteilungen der Banken; allein schon in der Auswahl der berücksichtigten Daten liegt eine Wertung. Die Ergebnisse aus den einzelnen Analysen sind damit ein Werturteil. Die Beurteilung der Ergebnisse ist als zweiter Schritt wieder eine Wertung.

Eine Aufklärung über das Werturteil "Kreditrisiko" kann der Bürge nicht erwarten¹, denn diese Aufklärung ist nicht die Offenbarung von Tatsachen, sondern Mitteilung einer subjektiven Bewertung. Würde man den Gläubiger für verpflichtet halten dem Bürgen diese Wertungen offenzulegen, so läge darin gleichzeitig eine latente Verpflichtung zu einer arglistigen Täuschung, die sich mit Einstellung der Fehlbeurteilung offenbaren würde.

III. AUFKLÄRUNG ÜBER ORGANISATIONSMERKMALE

Dabei handelt es sich um eine Beurteilung von kaufmännischer und technischer Organisation, sowie der Rechtsform. Man kann heute davon ausgehen, daß die grundsätzlichen Unterschiede der Rechtsformen allgemein bekannt sind, so daß eine Aufklärung darüber kaum notwendig ist.

Bei der Ermittlung, welche Rechtsform ein Kreditnachfrager hat, ergeben sich für den Bürgen keine Probleme, da diese offensichtlich ist.² Eine diesbezügliche Aufklärungspflicht ist daher nur in wenigen Ausnahmefällen geboten.

Dem Gläubiger kann keine Verpflichtung zur Aufklärung über die kaufmännische und technische Organisation auferlegt, werden da für diese Beurteilung ein so hohes Maß an Branchenkenntnis und Sachverstand³ notwendig ist, daß eine Fehleinschätzung auch durch sehr erfahrene Kreditbearbeiter keineswegs auszuschließen ist. Dem Gläubiger kann aber nicht zugemutet werden, daß er den Bürgen über Dinge aufklärt, von denen seine eigenen Kenntnisse nicht außer jedem Zweifel sind.

1) Das gilt grundsätzlich, MünchKomm-Roth § 242 Rdnr. 207; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 843; std. Rspr.: BGH WM 1963, 24 m.w.Nachw.

2) Sie ergibt sich beispielsweise aus Briefköpfen und Firmenschildern und am sichersten aus dem Handelsregister.

3) Falter-Hermans S. 408 ff

IV. SONSTIGE EIGENSCHAFTEN

Neben den oben geschilderten Daten und Fakten gibt es noch eine Reihe weiterer Gesichtspunkte, die für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit eine Rolle spielen. Sie lassen sich jedoch in kein System mehr einordnen und eine Betrachtung des Stellenwertes scheidet völlig aus. Hierzu zählen Dinge wie die Produktpalette, Marktchancen¹, Konjunktur und Branchenlage sowie die Unternehmenspolitik.²

Darüber lassen sich keine objektiven Aussagen machen; sie sind zum Teil nicht einmal objektivierbar. Wohl ist eine statistische Erfassung und Auswertung des bisherigen Standes möglich, doch ist eine Beurteilung für die Zukunft außerordentlich schwierig und eine exakte Vorhersage unmöglich. Eine Aufklärungspflicht darüber würde dem Ratschlag zu einer bestimmten Zahlenkombination im Lotto gleichen.

V. AUFKLÄRUNG ÜBER ANDERE SICHERHEITEN UND ANDERE VERBIND- LICHKEITEN

Durch die gesetzlichen Regelungen der §§ 774, 776 BGB wird deutlich, daß der Gesetzgeber dem Rückgriffsanspruch des Bürgen ganz erheblichen Wert beimißt.³ Diese Vorschriften sind die einzigen, die sich direkt mit einem Recht des Bürgen befassen, alle anderen Regelungen der §§ 765 ff BGB befassen sich mit den Pflichten des Bürgen. Dadurch kommt zum Ausdruck, daß das Gesetz die Interessen des Bürgen an seinem Rückgriffsanspruch und dessen Sicherung besonders hoch einschätzt.⁴

1) RGZ 111, 233 (234 f)

2) Plessner Die Bank, 1978, 117 ff

3) Wegen der Möglichkeit des Bürgen, den Gläubiger zu befriedigen und des damit verbundenen Rechtserwerbs, haben die Gesetzesverfasser die Diligenzpflichten abgelehnt. Vgl. Motive II S. 679; auch RGZ 65, 396 f; RG Seuff A 70 Nr. 103, S. 180; BGH WM 1970, 551 f

4) Knütel FS Flume S. 583

Allein das rechtfertigt jedoch nicht die Statuierung einer diesbezüglichen Aufklärungspflicht des Gläubigers, denn der Bürge könnte ja darüber eine Auskunft von dem Hauptschuldner verlangen. Es zeigt sich aber immer wieder, daß die Auskünfte des Hauptschuldners nicht vollständig oder auch nicht zutreffend sind.

Die Bedeutung dieser Auskünfte liegt aber darin, daß sie dem Bürgen die Beurteilung der Regreßmöglichkeiten für den Fall der Inanspruchnahme ermöglichen. Da es sich bei dieser Frage um Tatsachen aus der Sphäre des Gläubigers handelt, in die der Bürge ohne entsprechende Aufklärung keine Einsicht hat, ist hier die Aufklärungspflicht zu bejahen.¹ Nicht nur das "Ob" anderer Sicherheiten, sondern auch deren Art ist mitzuteilen, da erst Art und Höhe der anderen Sicherheiten über die Realisierungschancen der übergegangenen Forderung entscheiden.

Während die Kenntnis anderer Sicherheiten den Bürgen die Realisierungschancen des Rückgriffsrechts einschätzen läßt, kann er durch die Auskunft über die Höhe anderer Verbindlichkeiten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger den Verschuldungsgrad und damit die Wahrscheinlichkeit der Zahlungseinstellung besser beurteilen. Die Höhe der bereits bestehenden Verschuldung ist aber ausschlaggebend für die Fähigkeit, den Kredit ordnungsgemäß zu bedienen. Zwar kann der Bürge von dem Schuldner auch darüber Auskunft verlangen, doch wird der Schuldner versuchen, diese negative Tatsache eher im Dunklen zu lassen.

Da der Gläubiger aufgrund seiner Buchführung ohne großen Aufwand über die Höhe der Verschuldung und andere bestehende Sicherheiten korrekte Angaben machen kann, ist ihm eine diesbezügliche Aufklärungspflicht zuzumuten.²

-
- 1) Ein diesbezüglicher Irrtum ist nach BGH (WM 1966, 92) unbeachtlich; anders RGZ 75, 271
2) a.A. BGH WM 1956, 885

VI. BEZIEHUNGEN ZWISCHEN GLÄUBIGER UND SCHULDNER

Eine Aufklärung darüber kann jedenfalls insoweit nicht gewährt werden, als es sich um die durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten Privatbereiche handelt. Zwar ließen sich daraus wichtige Erkenntnisse gewinnen, doch erscheint eine diesbezügliche Aufklärung unzumutbar. Ebenso kann von dem Gläubiger nicht pauschal die Aufklärung über die rechtsgeschäftlichen Beziehungen, soweit sie nicht andere Sicherheiten und Verbindlichkeiten betreffen, gefordert werden.¹

VII. VERTRAGSGESTALTUNG

Da von dem Grundsatz, daß Verträge ausgehandelt werden, auszugehen ist, ist eine Aufklärungspflicht über die Vertragsgestaltung grundsätzlich zu verneinen. Diese Pflicht wird nur dann zu bejahen sein, wenn keine Interessen des Gläubigers entgegenstehen² und der Bürge sich in einem erkennbaren Irrtum befindet.³ Legt jedoch der Gläubiger dem Bürgen ein Formular vor, das dieser lediglich noch zu unterschreiben hat, so ist eine Aufklärungspflicht dann zu bejahen, wenn der in Aussicht genommene Bürge einzelne Formulierungen nicht kennt oder nicht zu würdigen weiß.⁴

VIII. ZUSAMMENFASSUNG

Der Gläubiger braucht den Bürgen jedenfalls nicht über die ihm bekannten persönlichen Eigenschaften des Hauptschuldners

1) a.A. RGZ 91, 80

2) MünchKomm-Roth § 242 Rdnr. 208

3) Larenz, FS Ballerstedt S. 397 (402 ff)

4) BGH WM 1968, 398; Fahrlässigkeit des Gläubigers ist jedoch Voraussetzung; OLG Düsseldorf DB 1973, 123 Aufklärungspflicht über die Höhe der Nebenkosten

aufzuklären, da es sich dabei immer um ein rein subjektives Werturteil handelt.

Soweit sich die wirtschaftliche Lage aufgrund von Jahresabschlüssen, die nach gesetzlichen Vorschriften erstellt sind, ermitteln läßt, muß sich der Bürge die Unterlagen selbst besorgen, da sie zum Teil veröffentlicht werden und er vom Schuldner Einsicht verlangen kann. Eine Aufklärung über die eigens für die Bonitätsprüfung erstellten speziellen Vermögensübersichten und Analysen kann der Bürge jedenfalls nicht verlangen, da es sich dabei um Werturteile handelt.

Der Bürge kann aber von dem Gläubiger eine Aufklärung über andere Sicherheiten und die übrige Verschuldung des Schuldners beim Gläubiger erwarten, da es sich dabei um leicht feststellbare Tatsachen handelt. Befindet sich der Bürge in einem offensichtlichen Irrtum über eine Vertragsgestaltung, so ist der Gläubiger zur Aufklärung verpflichtet.

Eine Aufklärungspflicht über alle übrigen Vorgänge, insbesondere über die Einschätzung der Kreditwürdigkeit besteht nicht, da es sich dabei um Werturteile handelt; die Gefahr des Verlustes des Anspruchs aus dem Bürgschaftsvertrag wäre zu groß.

§ 11 LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN DURCH VERTRAGSGESTALTUNG

=====

I. INDIVIDUALVERTRAGLICHE VEREINBARUNG

1. Möglichkeit, Aufklärungspflichten durch Vertrag zu bestimmen

Wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit kann das Verhalten während der Dauer eines Vertragsverhältnisses bei jedem Vertragstyp vertraglich vereinbart werden.¹ Die jeweiligen Sorgfaltspflichten werden dadurch zu Nebenleistungspflichten.² Eine solche Vereinbarung ist auch für die Dauer des Bürgschaftsverhältnisses nach einhelliger Meinung zulässig.³ So ist es möglich und vielfach üblich, den Gläubiger zu verpflichten, den Kredit während seiner Laufzeit ständig zu überwachen und den Bürgen auf dem laufenden zu halten.⁴ Diese Kreditüberwachungspflicht entspricht der Kreditwürdigkeitsprüfung vor dem Abschluß des Darlehensvertrages.

Ebenso kann in dem Bürgschaftsvertrag pauschal festgestellt werden, daß der Gläubiger den Hauptschuldner für kreditwürdig halte und daß ein Risiko nur hinsichtlich derjenigen Umstände besteht, über die der Gläubiger den Bürgen aufgeklärt hat. Der Bürge hat dann nur das Risiko bezüglich dieser Umstände zu tragen. Neben dieser Möglichkeit gibt es noch andere vertragliche Konstruktionsmöglichkeiten, durch die eine Aufklärungsverpflichtung erreicht werden kann. Als Beispiele seien hier nur eine entsprechende Bedingung im Bürgschaftsvertrag oder ein als Auskunft oder Beratungsvertrag ausgestalteter Vorvertrag genannt.

-
- 1) Larenz SchR AT § 2 I; BGH WM 1963, 24; 1968, 1391; 1971, 614
 - 2) Larenz SchR AT § 2 I
 - 3) BGH WM 1963, 24; 1968, 1391; 1971, 614; RGZ 87, 327; Esser-Weyers BT § 40 III
 - 4) BGH WM 1963, 1393

2. Inhaltliche Gestaltung

Grundsätzlich besteht Vertragsfreiheit, so daß jede Aufklärungspflicht vereinbart werden könnte. Allgemein hat jedoch die Vertragsfreiheit dort ihre Grenze, wo sie gegen zwingende Normen, insbesondere §§ 134, 138 BGB verstößt, oder wo in Rechte Dritter eingegriffen wird. Daneben bestehen tatsächliche, aber relative Grenzen, nämlich dort, wo der Sicherungszweck der Bürgschaft nicht mehr erreicht werden kann oder die Bürgschaft in eine andere Vertragsform, die nicht gewollt ist, übergeht.

a) Grenze des § 134 BGB

Nach § 134 BGB ist ein Vertrag, der gegen ein Verbotsgesetz¹ verstößt, nichtig. Hier kommen vor allem diejenigen Normen in Frage, die ein absolutes Recht oder diesen gleichstehende Rechte oder Verhältnisse schützen. Die Möglichkeit, daß ein Vorvertrag, der auf den Abschluß eines Bürgschaftsvertrages zielt, wegen Verstoßes gegen § 134 BGB unwirksam ist, ist nur in ganz seltenen Fällen denkbar.

b) Grenze des § 138 BGB

Da die grundsätzliche Anerkennung der Privatautonomie gleichzeitig die Möglichkeit zu ihrem Mißbrauch eröffnet, dem nicht durch eine abschliessende gesetzliche Regelung entgegengewirkt werden kann, bedarf es einer Generalklausel, die als notwendiges Korrektiv die Beachtung der Grundprinzipien der Rechts- und Sittenordnung gewährleistet.² Der Rechtsbegriff der guten Sitten bedeutet dabei, daß das hierfür maßgebende Kriterium die in dem jeweiligen Verkehrskreis

1) vgl. die Aufstellung bei Staudinger-Dilcher § 134 Anm. 12 ff; Larenz AT § 22 II; Enneccerus-Nipperdey § 190
2) Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1 a; Larenz AT § 22 III u. SchR AT § 4 II; Flume § 18

herrschende Rechts- und Sozialmoral¹ ist, wobei extreme Auffassungen außer Betracht bleiben.² Sittenwidrig kann ein Rechtsgeschäft zum einen wegen seines Inhalts³ und zum anderen wegen seines Gesamtcharakters⁴ sein.

Die Sittenwidrigkeit einer Auskunftspflichtung wegen ihres Inhalts ist kaum denkbar. Sie wird anzunehmen sein, wenn es sich bei den begehrten Auskünften um Tatsachen aus der Intims- oder Privatsphäre handelt, oder um Tatsachen, die in gar keiner Weise mit der Bürgschaftsverpflichtung in Zusammenhang stehen. Der Gesamtcharakter eines Geschäfts ist dann sittenwidrig, wenn sich bei einer umfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Geschäfts ergibt, daß es gegen die herrschende Rechts- und Sittenmoral verstößt.⁵

§ 138 Abs. 2 BGB ist hierfür eine lex specialis für ein sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner durch Wucher. Speziell bezogen auf eine Auskunftspflichtung scheint der Wuchertatbestand ausgeschlossen zu sein. Dies ergibt sich schon daraus, daß es in § 138 BGB Versprechen oder Gewähren eines Vermögensvorteils heißt, aber die Offenbarung von Tatsachen kein Vermögensvorteil ist, sondern im Fall der Bürgschaft lediglich zur Risikoeinschätzung dient.

Auch die Sittenwidrigkeit einer Auskunftspflichtung wegen ihres Gesamtcharakters ist nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen denkbar, da regelmäßig weder Inhalt, noch Zweck, noch Beweggrund für eine Auskunftspflichtung des Gläu-

-
- 1) Larenz AT § 22 III, der auch auf die verschiedensten Begriffsbestimmungen hinweist; Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 2. Die Rechtsprechung setzt die guten Sitten mit dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkender" gleich RGZ 80, 221, BGHZ 10, 232; BAG NJW 1976, 1958; auch Motive II S. 125; das trägt aber zur inhaltl. Präzisierung wenig bei; Larenz AT § 22 III a.
 - 2) RGZ 80, 221; BGHZ 10, 232; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1 b
 - 3) Soergel-Hefermehl § 138 Rdnr. 25; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1 c; wohl auch RGZ 93, 50; 118, 362
 - 4) RGZ 98, 79; 120, 148; 150, 3; BGH NJW 1951, 397
 - 5) Staudinger-Dilcher § 138 Anm. 7

bigers gegen die ethischen Grundwerte verstoßen. Eine Aussage über eine Tatsache, die die Kreditwürdigkeit des Bürgen näher kennzeichnet, ist ihrem möglichen Inhalt nach nicht geeignet, als sittenwidrig gebrandmarkt zu werden. Auch dem Motiv und dem Zweck solcher Auskünfte, nämlich eine Verbesserung der Einsichtsmöglichkeiten für die Abschätzung des Bürgschaftsrisikos, kann nicht der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gemacht werden.

Die Annahme der Sittenwidrigkeit wäre nur für den Fall denkbar, daß der Bürge mit dem Gläubiger eine so umfassende und weitgehende Aufklärung vereinbart, daß der Gläubiger in jedem Fall der Verpflichtung nicht vollständig nachkommen kann und dadurch der Bürge immer die Befreiung von der Bürgschaftsverpflichtung erreichen kann. Feststeht, daß durch eine solche Vertragsgestaltung die Bürgschaft ihren eigentlichen Charakter als Interzession fast vollständig verliert, da der Bürge nur dann haftet, wenn ganz außergewöhnliche, nicht vorhersehbare Ereignisse plötzlich eintreten. Aber allein dadurch, daß die der Bürgschaft eigentümliche Risikoverteilung geändert wird und nur noch zur Sicherung gegen ganz unwahrscheinliche Fälle dient, liegt noch kein Verstoß gegen § 138 BGB vor.

Sittenwidrig könnte ein Bürgschaftsvertrag auch dann sein, wenn der Gläubiger durch irgendwelche Umstände gezwungen ist, gerade diesen Bürgschaftsvertrag abzuschließen. Einen Zwang¹, einen Bürgschaftsvertrag abzuschließen, gibt es jedenfalls gesetzlich nicht. Die unbedingte Notwendigkeit, einen Bürgschaftsvertrag abzuschließen, ergibt sich regelmäßig aus der Einschätzung des Kreditrisikos durch den Gläubiger. Da aber der Gläubiger nicht verpflichtet ist, einen Kredit zu gewähren², kann eine wirtschaftliche Zwangslage für ihn nicht entstehen. Die Möglichkeit der Sittenwidrigkeit einer Auskunftspflichtung ist dann nur gegeben, wenn der Bürge die Unkenntnis und Unerfahrenheit³ des Gläubigers

1) BGH WM 1973, 574, dort hatte der Gläubiger mit einer Strafanzeige gegen ein Familienmitglied gedroht

2) a.A. Canaris, ZHR 143 (1979) 113; Hopt ZHR 143 (1979) 139 (rechtsvergleichend)

3) In vielen Fällen wird der Gläubiger auch wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) anfechten können

bewußt zu seinem Vorteil bzw. zum Vorteil des Schuldners ausnutzt. Das Geschäft wird dann aber nur in Bezug auf die Aufklärungspflicht nichtig sein (§ 139 BGB), andernfalls wäre die Geltendmachung der mangelnden Erfüllung durch den Gläubiger eine unzulässige Rechtsausübung.

c) Inhaltliche Änderung der Bürgschaft durch Aufklärungspflichten

Der typische Vertragsinhalt der Bürgschaft ist die Verpflichtung des Bürgen, für die Schuld eines anderen zu haften.

Neben der Bürgschaft gibt es einige verwandte Rechtsgeschäfte, die das gemeine Recht unter dem Oberbegriff der Interzession zusammenfaßte. Ihre Gemeinsamkeit mit der Bürgschaft besteht darin, daß eine dritte Person für die Forderung des Gläubigers eine Personalsicherheit gewährt; kennzeichnend ist die wesentlich gleiche Interessenlage. Von Bedeutung sind dabei die Schuldmitübernahme, die eine zunächst bestehende Forderung voraussetzt, aber nach den Regeln der Gesamtschuld behandelt wird¹, und der Garantievertrag, durch den sich der Garant verpflichtet, ohne Rücksicht auf Unmöglichkeit oder Verschulden den Gläubiger im Falle des Nichteintritts eines bestimmten Erfolgs schadlos zu halten.² Der wesentliche Unterschied liegt also in der Art und Weise des Entstehenmüssens. Die Vereinbarung eines atypischen Vertrags mit dem Inhalt, daß der eine Teil den anderen über Tatsachen, die zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit notwendig sind, ist, wenn der andere Teil nicht verspricht, für die Forderung eines Dritten einzustehen, kein Vertrag über eine persönliche Sicherheit mehr, sondern ein Auskunftsvertrag. Das Sicherungsversprechen ist gerade der wesentliche Bestandteil, und solange dieser noch vorhanden ist und den Vertrag prägt, liegt eine Interzession vor, ansonsten ist von einem Auskunftsvertrag auszugehen.

1) Statt aller: Enneccerus-Lehmann § 197 I

2) Boetius, Der Garantievertrag S. 15 ff; 30 ff

II. GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN DURCH ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Die Möglichkeit, bei einem Bürgschaftsvertrag gleichzeitig allgemeine Geschäftsbedingungen zu vereinbaren, besteht grundsätzlich. De facto kann man davon ausgehen, daß nur diejenigen Beteiligten, die Partner zahlreicher Bürgschaftsverträge sind, AGB verwenden. Des weiteren kann davon ausgegangen werden, daß, jedenfalls in den AGB eines Gläubigers, keine oder nur vereinzelte Aufklärungspflichten vereinbart sind, da niemand ohne eine bestehende dringende Notwendigkeit sich selbst zusätzlich verpflichtet. Andererseits werden Bürgen, die geschäftsmäßig Bürgschaften geben, versuchen, ihre Rechtsstellung durch Aufklärungspflichten in den AGB's zu verbessern.

Die Normen des AGBG bestimmen dabei die inhaltlichen Grenzen der vorformulierten Vertragsbestimmungen. Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit der Bürge dem Gläubiger durch eine formularmäßige Bürgschaftserklärung Aufklärungspflichten auferlegen kann.

1. Anwendbarkeit des AGBG

a) Sachliche Anwendbarkeit

Das AGBG ist zunächst nur dann anwendbar, wenn ein Vertragspartner dem anderen vorformulierte Vertragsbedingungen (§ 1 AGBG) stellt und diese Vertragsbestandteil werden (§ 2 AGBG). Nach § 23 AGBG fallen auch Bürgschaftsverträge in den sachlichen Anwendungsbereich des AGBG.¹

1) Dazu Ulmer in: Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz, § 23 Rdnr. 1 ff, insbes. 49; Koch-Stübing, AGBG, § 23 Rdnr. 14

b) Persönliche Anwendbarkeit

Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs ergibt sich indes-
sen aus § 24 AGBG, so daß eine Unterscheidung hinsichtlich
der Verwendung des AGBG gegenüber Kaufleuten und juristi-
schen Personen des öffentlichen Rechts, sowie gegenüber
öffentlichrechtlichen Sondervermögen einerseits und dem
"Normalbürger" andererseits geboten ist. Bei Kaufleute ist
nur eine Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1 AGBG möglich.

Eine unterschiedliche Untersuchung der Aufklärungspflichten
für den Gläubiger im Privatrechtsverkehr und im Handelsver-
kehr ist nicht notwendig, da die Klauselverbote ohne Wer-
tungsmöglichkeiten des § 11 AGBG keine Bestimmungen enthal-
ten, die ein Verbot einer Vertragsbedingung, die eine Auf-
klärungsverpflichtung enthält, zum Inhalt haben könnten, und
da sich auch aus den Klauselverboten mit Wertungsmöglichkei-
ten (§ 10 AGBG) keine inhaltliche Beschränkung möglicher
Aufklärungspflichten ersehen läßt.

Das AGBG unterscheidet zwar zwischen Vertragsbedingungen,
die gegenüber einem Kaufmann in Privatverträgen und denjen-
igen, die in Handelsverträgen, soweit das Geschäft typi-
scherweise zum Betrieb des Handelsgeschäfts gehört¹, verwen-
det werden. Die Funktion der §§ 10 und 11 AGBG übernimmt im
kaufmännischen Verkehr § 9 AGBG². Da die Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen, die Aufklärungspflichten zum Inhalt
haben, auch bei Privatverträgen an § 9 AGBG gemessen werden,
ergibt sich kein Unterschied zwischen den Privatgeschäften
und den Handelsgeschäften.³

-
- 1) § 24 AGBG; Graba in Schlosser-Coester/Waltjen-Graba, AGBG, § 9 Rdnr. 16; Larenz AT § 29 a I
 - 2) Graba, in: Schlosser-Coester/Wlatjen-Graba, AGBG, § 9 Rdnr. 18; Brandner in: Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz, § 24 Rdnr. 22
 - 3) Palandt-Heinrichs § 24 AGBG Anm. 3; Brandner in: Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz, § 24 Rdnr. 22

Eine Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Privateleuten ist auch nicht deshalb geboten, weil typischerweise nur die eine oder andere Gruppe im Rechtsverkehr als Bürge auftritt und deshalb das berufsspezifische Verhalten, die Handelsbräuche oder besondere Geschäftssitten Berücksichtigung finden müßten.¹

c) Abweichung von der gesetzlichen Regelung

Voraussetzung für die Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt ist deren Abweichung oder Ergänzung von bestehenden Rechtsvorschriften (§ 8 AGBG). Da die gesetzliche Regelung der Bürgschaft in den §§ 765 ff BGB keine Aufklärungspflichten des Gläubigers vorsieht, liegt insofern eine Ergänzung vor.²

2. Inhaltliche Grenzen nach § 9 AGBG

a) Abweichung von dispositiven Normen

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG sind Vertragsbedingungen, die in mißbräuchlicher Weise vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen, unwirksam. Damit ergibt sich die Unwirksamkeit einer Klausel über Aufklärungspflichten nicht direkt aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, da für den Gläubiger einer Bürgschaft nirgendwo im Gesetz Aufklärungspflichten vorgesehen sind, sondern erst aus einer Wertung des Vergleiches zwischen dem Inhalt der Klausel und der jeweiligen Norm.

1) Graba in: Schlosser-Coester/Waltjen-Graba, AGBG, § 9 Rdnr. 18 f
2) Palandt-Heinrichs § 8 AGBG Anm. 1; Larenz AT § 29 a III a

b) Gefährdung des Vertragszwecks

Eine Grenze für die Ausgestaltung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten ergibt sich aus § 9 Abs. 2 Nr. 2 ABGB. Entsprechend der ständigen Rechtsprechung¹ dürfen danach wesentliche Rechte und Pflichten nicht soweit ausgehöhlt und geändert werden, daß dadurch die Erreichung des Vertragszwecks unmöglich wird. Zwar hat § 9 Abs. 2 ABGB diejenigen Fälle im Auge, bei denen kein gesetzliches Leitbild als Orientierungshilfe für die im wirtschaftlichen Sachverhalt angelegten Interessenkonflikte existiert, aber die Vereinbarung von weiteren Verhaltenspflichten könnte die Kardinalpflichten und Rechte des Vertrages so ändern, daß der Vertragszweck nicht mehr erreicht werden kann.²

Der Vertragszweck und die Natur des Vertrages, welche Rechte und Pflichten wesentlich sind, richten sich nach Art und Inhalt des jeweiligen Vertrages.³ Ob die Voraussetzungen vorliegen, hängt von einer wertenden Beurteilung der einzelnen Vertragsbedingungen ab. Die Nichterreichung des Geschäftszwecks ist dann zu bejahen, wenn dem Vertragspartner des AGB-Verwenders die Durchsetzung von wesentlichen Rechten erschwert oder unmöglich gemacht wird⁴ und seine Interessen dadurch unangemessen benachteiligt werden. Dabei ist zu prüfen, welches Interesse der Verwender der Vertragsbedingungen an der Aufrechterhaltung der Klausel hat und umgekehrt, welches Interesse der Vertragspartner an der Unwirksamkeit oder der Ersetzung (§ 6 ABGB) der Klausel besitzt. Bei der Interessenabwägung muß mit berücksichtigt werden, welche Konsequenzen sich aus der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Klausel ergeben und ob sich jede der Parteien bei der Verwirklichung des Risikos, das die Klausel behandelt, wirksam schützen kann bzw. ob sie den Eintritt des Risikos verhindern können.⁵

- 1) BGHZ 50, 206; BGH NJW 1973, 1878; vgl. auch Brandner in: Ulmer-Brandner-Hensen, ABG-Gesetz, § 9 Rdnr. 2 ff
- 2) Brandner in: Brandner-Ulmer-Hensen, ABG-Gesetz, § 9 Rdnr. 58; Palandt-Heinrichs § 9 ABGB Anm. 2 c
- 3) Schlosser WM 1978, 562
- 4) Palandt-Heinrichs § 9 ABGB Anm. 4
- 5) MünchKomm-Kötz § 9 ABGB Rdnr. 4; Graba in: Schlosser-Coester/Waltjen-Graba, § 9 ABGB, Rdnr. 41; Brandner in: Ulmer-Brandner-Hensen, ABGB, § 9 Rdnr. 65; BGHZ 51, 55; 52, 61 (63); Koch-Stübing ABGB, § 9 Rdnr. 4

aa) Abwägung der Interessen

Der wesentliche Inhalt des Bürgschaftsvertrages besteht darin, daß der Gläubiger für den Fall, daß seine Forderung gegen den Hauptschuldner nicht befriedigt wird, den Bürgen in Anspruch nehmen kann.¹ Das "Einstehenmüssen" des Bürgen, also die Haftung des Bürgen, und das Recht des Gläubigers, von dem Bürgen Erfüllung im Falle der Nichterfüllung durch den Hauptschuldner zu verlangen, ist Zweck und Inhalt der Bürgschaft.

Der Gläubiger möchte sich durch die Bürgschaft gegen einen Vermögensschaden durch den Ausfall einer Forderung schützen und durch diese Sicherheit keine zusätzlichen Pflichten zu erfüllen haben. Der Bürge will mit dem Vertrag erreichen, daß der Schuldner Kredit erhält, aber er möchte nach Möglichkeit nie aus dieser Verpflichtung in Anspruch genommen werden.

Die beiderseitigen Interessen können dadurch miteinander in Einklang gebracht werden, daß der Gläubiger den Bürgen über bestimmte Umstände aufklären muß. Dabei sollte die Offenbarungspflicht möglichst konkret formuliert werden, so daß der Gläubiger seine Pflichten von Anfang an kennt und der Bürge die Möglichkeit hat, seine Risikoabschätzung auf bestimmte Tatsachen zu stützen.

bb) Andere Schutzmöglichkeiten

Sowohl der Gläubiger als auch der Bürge prüfen vor Abschluß des Kredit- bzw. des Bürgschaftsvertrages die Bonität des Hauptschuldners. Dabei haben der Gläubiger und der Bürge die Möglichkeit, den Vertragsschluß erst dann zu tätigen, wenn sie der Auffassung sind, daß der Hauptschuldner kreditwürdig ist.

Da der Schuldner im Regelfall den Kredit benötigt, können sowohl Darlehensgeber als auch Sicherungsgeber solange

1) MünchKomm-Pecher § 765 Rdnr. 1; Larenz SchR BT § 64 I

"Druck" auf den Schuldner ausüben, bis sie ein abschließendes Urteil über die Bonität gefällt haben; beide haben die Möglichkeit, sich die notwendigen Informationen zu beschaffen. Da aber der Bürge allein das Risiko einer möglichen Zahlungsunfähigkeit zu tragen hat, könnte er sich durch eine zusätzliche Aufklärungspflicht des Gläubigers besser schützen.

cc) Konsequenzen

Hat der Gläubiger im Rahmen des Bürgschaftsvertrages Aufklärungspflichten vor Abgabe der Bürgschaftserklärung übernommen, so hat der Bürge bei deren Verletzung gegen ihn einen Schadensersatzanspruch in der Form eines Freistellungsanspruchs. Je umfassender die Aufklärungsverpflichtungen sind, desto wahrscheinlicher wird die Möglichkeit einer Verletzung durch den Gläubiger. Da die Beurteilung der Kreditwürdigkeit mit sehr vielen Unsicherheitsfaktoren und Fehlerquellen belastet ist, wird der Bürge dem Gläubiger sehr leicht eine Verletzung der erforderlichen Sorgfalt vorwerfen und nachweisen können. Eine generalklauselartige Auferlegung einer Aufklärungspflicht über alle Tatsachen, die auf die Beurteilung des Bürgschaftsrisikos Einfluß nehmen könnten, verhindert damit die Erreichung des Sicherungszwecks der Bürgschaft, denn dadurch würde das der Bürgschaft eigentümliche Risiko von dem Bürgen auf den Gläubiger verlagert. Eine Generalklausel wird man also als unwirksam betrachten müssen.

3. Gestaltung der Klausel

Da der Bürge ein erhebliches Interesse daran hat, sein Risiko vor Abgabe der Bürgschaftserklärung möglichst genau einzuschätzen und andererseits durch Aufklärung über einzelne Punkte der Sicherungszweck erreicht werden kann, stellt sich die Frage nach der Trennungslinie zwischen der zulässigen Aufklärungspflicht und der unwirksamen Aufklärungsverpflichtung.

Die Trennungslinie muß dort gezogen werden, wo dem Gläubiger mit großer Wahrscheinlichkeit eine Verletzung seiner Verpflichtung nachgewiesen werden kann. Denn besteht für den Gläubiger mit großer Wahrscheinlichkeit die Gefahr der Verletzung dieser Pflicht hat er ein dreifaches Risiko mit seiner Kreditvergabe an den Hauptschuldner zu tragen, nämlich das Risiko, sowohl die Bonität des Hauptschuldners als auch die des Bürgen falsch eingeschätzt zu haben und daneben die Risiken, die aus einer fahrlässigen Verletzung der formalarmäßig übernommenen Aufklärungsverpflichtung entstehen.

Dieses zusätzliche Risiko besteht jedoch dann nicht, wenn der Gläubiger den Bürgen nur über Tatsachen, die objektiv nachprüfbar sind, aufklären muß. Damit ist einerseits dem Interesse des Bürgen an einer richtigen Beurteilung der Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners und zum anderen dem Interesse des Gläubigers an der Sicherung der Forderung gedient.

Objektiv nachprüfbare Tatsachen sind dabei diejenigen, die auch von jedem beliebigen Dritten, der über die notwendigen Kenntnisse verfügt, ermittelt werden können und im Fall eines Rechtsstreits auch beweisbar sind. Beispielhaft seien nur genannt Vermögens- und Einkommensübersichten¹, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften erstellt worden sind, Höhe der bestehenden Verschuldung des Hauptschuldner beim Gläubiger und andere Sicherheiten.

Eine Aufklärung über Meinungen, Analyseergebnisse und andere Werturteile des Gläubigers kann zwar für den Bürgen bedeutsam sein, birgt aber die mehr oder weniger große Gefahr der Fehleinschätzung durch den Gläubiger in sich. Der vorsichtige Gläubiger wird zwar aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Kenntnisse weitere Analysen und Überlegungen anstellen, aber, da die Ergebnisse dieser Überlegungen zu-

1) Nach § 18 KWG sind Kreditinstitute dazu verpflichtet, sich die wirtschaftlichen Verhältnisse offenlegen zu lassen. Eine Offenlegung kann aber im Fall der Bürgschaft nicht durch den Gläubiger geschehen, sondern nur durch den Hauptschuldner selbst, da er sowohl wirtschaftlich betrachtet der Kreditnehmer ist als auch besser dazu in der Lage ist.

kunftsorientiert sind, ist die Möglichkeit eines Fehlers sehr groß. In diesem Fall hätte der Bürge die Möglichkeit von der Bürgschaft loszukommen und der Sicherungszweck würde nicht erreicht.

III. ZUSAMMENFASSUNG

Aufgrund der Vertragsfreiheit ist es beim Bürgschaftsvertrag wie bei jedem anderen Vertragsverhältnis möglich, weitere Verhaltenspflichten des Gläubigers entweder durch individualvertragliche Vereinbarungen oder durch vorformulierte Vertragsbedingungen zum Vertragsinhalt zu machen. Die individualvertraglichen Vereinbarungen werden dabei durch die Vorschriften der §§ 134, 138 BGB und den Sicherungszweck der Bürgschaft begrenzt.

Die Sittenwidrigkeit einer Aufklärungspflicht wird nur in äußerst seltenen Fällen vorliegen. Der Sicherungszweck der Bürgschaft beschränkt die Möglichkeit einer vertraglichen Vereinbarung nur indirekt dadurch, daß er bei zu extensiver Aufklärungsverpflichtung praktisch nicht mehr erreicht werden kann.

Der Inhalt vorformulierter Aufklärungspflichten muß sich in dem durch das AGBG vorgegebenen Rahmen halten. Für die Inhaltskontrolle der Geschäftsbedingungen ist es gleichgültig, ob die Klausel in Handelsgeschäften oder Privatgeschäften Anwendung findet, da sich in jedem Fall der Prüfungsmaßstab aus § 9 AGBG ergibt. Klauseln, die den Gläubiger zur Offenbarung nicht nachprüfbarer Tatsachen verpflichten, sind danach unwirksam; Klauseln, die den Gläubiger zur Aufklärung über notfalls im Gerichtsverfahren beweisbare Tatsachen, die zur Beurteilung der Bonität des Hauptschuldners geeignet sind, sind dagegen als wirksam anzuerkennen.

§ 12 ABSCHLIESSENDE ZUSAMMENFASSUNG

=====

Bei der Bürgschaft übernimmt ein Dritter die Gefahr des Gläubigers, daß der Schuldner den Anspruch nicht erfüllt, ohne eine Gegenleistung dafür zu erhalten. Kennzeichnend ist, daß der Bürge eine akzessorische Nebenschuld eingeht, während bei der kumulativen Schuldübernahme der Übernehmer als Gesamtschuldner in ein bestehendes Schuldverhältnis eintritt.

Da sich das Risiko der Bürgschaft regelmäßig erst in der Zukunft verwirklicht und der Bürge nicht mit einer Inanspruchnahme rechnet, ist die Bürgschaft ein derartig riskantes Geschäft. Die Gefährlichkeit der Bürgschaft wird noch dadurch verstärkt, daß Rechtsprechung und Lehre in Übereinstimmung mit den Verfassern des BGB der Auffassung sind, daß dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen grundsätzlich keine Dili-genzpflichten obliegen.

Die tragenden Argumente für die Verneinung der Sorgfaltspflichten durch die herrschende Meinung sind a) die Rechtsnatur der Bürgschaft als einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft und b) die Auffassung, daß die Bürgschaft ihre Bedeutung als Kreditsicherungsmittel verlöre, wenn der Gläubiger mit Sorgfaltspflichten belastet werden würde.

Im einzelnen ist die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung der Ansicht, daß es grundsätzlich keine Verpflichtung des Gläubigers gäbe, die Interessen des Bürgen vor Abschluß des Vertrages zu wahren, wobei jedoch unbestritten ist, daß der Gläubiger das Integritätsinteresse des Bürgen zu beachten habe. Der Bürge könne nicht erwarten, daß der Gläubiger ihn über Tatsachen, die für die Beurteilung der Bonität des Hauptschuldners von Bedeutung sind oder über die wirtschaftliche Lage im ganzen aufkläre. Ebensowenig bestünde für den Gläubiger eine Auskunftspflicht; mache aber der Gläubiger Angaben, so seien an seine Wahrheitspflicht strenge Anforderungen zu stellen. Auch nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages bedürfe es für jede Verpflichtung des Bürgen einer besonderen vertraglichen Vereinbarung.

Ein großer Teil der Lehre folgt dieser Auffassung der Rechtsprechung; nur vereinzelt tauchen Stimmen der Kritik auf. Knütel vertritt in seinem Beitrag "Zur Frage der sog. Dili-genzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen" in der Festschrift für Flume 1978 mit einer ausführlichen Darstellung der Entwicklung im Römischen Recht die Meinung, daß diese Auffassung der Rechtsprechung einer Korrektur bedürfe. Er stellt fest, daß das Gesetz bestimmte Interessen des Bürgen anerkennt und in seinen Schutz mit einbezieht und, daß der Sicherungszweck der Bürgschaft einer Belastung des Gläubigers mit Sorgfaltspflichten nicht entgegenstünde; es sei dem Gläubiger vielmehr zuzumuten, bestimmte Interessen des Bürgen zu schützen.

Nur das gemeinsame Sicherungsinteresse verbindet den Gläubiger mit dem Bürgen im Rahmen des Bürgschaftsverhältnisses. Der Gläubiger will die Bürgschaftserklärung, um sich vor der Gefahr einer sich möglicherweise später ergebenden Zahlungs-unfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen und um damit sein legitimes Gewinnstreben zu unterstützen. Daneben hat er jedoch keinerlei Interesse, zusätzliche Verpflichtungen gegenüber dem Bürgen erfüllen zu müssen. Der Bürge hingegen handelt zumeist aus rein altruristischen Motiven, denn er möchte die Bonität des Hauptschuldners dadurch, daß er seinen eigenen Kredit zur Verfügung stellt, verbessern. Darüber hinaus besitzt er aber ein noch viel größeres Interesse daran, nicht aus der Bürgschaft in Anspruch genommen zu werden. Dies kann er jedoch nur erreichen, wenn er das Bürgschaftsrisiko zutreffend beurteilt, also mit Hilfe einer eigenen Kreditwürdigkeitsprüfung des Hauptschuldners. Dazu benötigt er möglichst umfassende Informationen über die wirtschaftliche Lage des Schuldners, andere bestehende Sicherheiten und die Vertragsgestaltung des Hauptschuldverhältnisses. Zwar kann er diese Information auch von dem Hauptschuldner erhalten, doch es besteht die Möglichkeit, daß der Gläubiger zusätzliche, andere Tatsachen kennt, die für die Entscheidung über den Abschluß des Bürgschaftsvertrages von Bedeutung sein können. Daraus ergibt sich ein erhebliches Interesse des Bürgen daran, daß der Gläubiger ihn auch zur Wahrung seiner Interessen über bestimmte Tatsachen aufklärt.

Die Verpflichtung des Gläubigers, ein bestimmtes weiteres Verhalten zu beachten, widerspricht nicht der Rechtsnatur

und grundsätzlich nicht dem Sicherungszweck der Bürgschaft. Allein aus der gesetzssystematischen Einordnung der Bürgschaft läßt sich nicht folgern, daß der Gläubiger keine Sorgfaltspflichten zu erfüllen habe, denn einerseits kann die Bürgschaft als gegenseitiger Vertrag abgeschlossen werden, wenn der Gläubiger eine Leistungspflicht übernimmt, und andererseits gibt es auch andere einseitig verpflichtende Verträge, bei denen der Berechtigte weitere Verhaltenspflichten zu erfüllen hat. Wenn auch zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger ein relativ loser Kontakt besteht, so können die Parteien dennoch redlicherweise darauf vertrauen, daß der andere Vertragspartner die gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit nicht unbillig mißbraucht. Die gesetzliche Gestaltung der Bürgschaft als subsidiäre akzessorische Schuld, die nur durch eine schriftliche Erklärung des Bürgen zustandekommt, zeigt, daß das Gesetz die Interessen des Bürgen erkannt hat und den Gläubiger in bestimmten Grenzen zu ihrer Wahrung verpflichtet. Auch der Sicherungszweck fordert nicht zwingend, daß der Gläubiger keine Sorgfaltspflichten gegenüber dem Bürgen hat, denn der Wert der Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel hängt wesentlich von der Bonität des Bürgen, und nur in beschränktem Maße von der Leichtigkeit ihrer Handhabung ab. Viel entscheidender ist es, daß der Gläubiger die zu beachtenden Sorgfaltspflichten von Anfang an kennt.

Bei der Statuierung der einzelnen Diligenzpflichten ist davon auszugehen, daß der Gläubiger die Interessen des Bürgen jedenfalls dann nicht zu schützen braucht, wenn der Bürge dazu selbst in der Lage ist; ein bestimmtes weiteres Verhalten kann auch dann nicht gefordert werden, wenn und soweit der Sicherungszweck vereitelt werden würde. Bei der zu beachtenden Sorgfalt können beide Parteien davon ausgehen, daß der andere sich so verhält, wie es in seinem Verkehrskreis üblich ist; dabei sind die persönlichen Eigenschaften und Beziehungen zu dem Schuldner in Betracht zu ziehen. Schließlich kann von dem Gläubiger nur das Verhalten, das für ihn erkennbar und erfüllbar ist und das den Interessen des Bürgen dient, gefordert werden.

Daraus ergibt sich die Verpflichtung für den Gläubiger, bei dem Zustandekommen des Vertrages mitzuwirken und wahrheitsgemäß Auskunft zu erteilen, sofern er die Beantwortung einer Frage nicht ausdrücklich ablehnt. Eine Verpflichtung, den

Bürgen zu beraten, besteht hingegen in keinem Fall, da dies letztlich die Entscheidung über die Übernahme der Bürgschaft durch den Gläubiger bedeuten könnte. Eine möglicherweise bestehende Aufklärungspflicht des Gläubigers ist zum einen aus rechtlichen Gründen dann zu verneinen, wenn sie einen Schadensersatzanspruch des Schuldners auslösen könnte, und zum anderen aus tatsächlichen Gründen, wenn es sich um Informationen handelt, die aus allgemein zugänglichen Quellen zu erhalten sind. Andere Informationen braucht der Gläubiger dem Bürgen nur dann von sich aus mitzuteilen, wenn es sich um intersubjektiv überprüfbare Tatsachen und keine Werturteile handelt, wie insbesondere Auskünfte über andere, bereits bestehende Sicherheiten und über die Höhe der gesamten Verbindlichkeiten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger.

Es hat sich somit gezeigt, daß der von der herrschenden Meinung ständig wiederholte Satz, daß dem Gläubiger eines Bürgschaftsvertrages keine Sorgfaltspflichten oblägen, nicht zutrifft. Die vorvertraglichen Interessenkollisionen zwischen Bürgen und Gläubiger können durch eng begrenzte Sorgfaltspflichten des Gläubigers so gelöst werden, daß ein direkter Ausgleich der unterschiedlichen Interessen erreicht wird, ohne dabei den Sicherungszweck der Bürgschaft zu verletzen.

Daneben bieten sich zur Lösung des Interessenkonfliktes entweder eine individualvertragliche Vereinbarung oder vorformulierte Klauseln an. Die inhaltlichen Grenzen für die individualvertraglichen Vereinbarungen bestimmen sich dabei nach den allgemeinen Grundsätzen. Die inhaltlichen Grenzen für vorformulierte Aufklärungspflichten ergeben sich aus § 9 AGBG; danach sind nur solche Klauseln, die eine Aufklärung über objektiv überprüfbare Tatsachen verlangen, als gültig zu betrachten.

- BALLERSTEDT, Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, in AcP 151 (1950/51), S. 501 ff
- BAUMBACH, Adolf - DUDEN, Konrad, Handesgesetzbuch mit Nebengesetzen, 23. Aufl., München 1978 (zit.: Baumbach-Duden § ... Anm. ...)
- BAUMBACH, Adolf - HEFERMEHL, Wolfgang, Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzen, 13. Aufl., München 1981 (zit.: Baumbach-Hefermehl, WG und ScheckG § ... Anm. ...)
- BGB - RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, Band II, 1. Teil, §§ 241 - 413, 12. Aufl., Berlin, New York, 1976 Band II, 4. Teil, §§ 631 - 811, 12. Aufl., Berlin, New York, 1978 (zit.: BGB-RGRK-Bearbeiter § ... Rdnr. ...)
- BOETIUS, Jan, Der Garantievertrag, Diss. jur., München, 1966
- BORST, Hans-Joachim, Die Bürgschaft in der deutschen und schweizerischen Kodifikation - eine rechtspolitische und rechtsvergleichende Studie, Dis. jur., Tübingen, 1966
- BROX, Hans, Allgemeines, Schuldrecht, 9. Aufl., München 1981 (zit.: Brox AT § ...)
- BUCHNER, Herbert, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, München, 1971
- BÜRGERLICHES GESETZBUCH hrsg. v. Othmar Jauernig, erläutert von Othmar Jauernig, Peter Schlechtriem, Rolf Stürner, Arndt Teichmann und Max Vollkommer, 2. Aufl., München, 1981 (zit.: Jauernig-Bearbeiter § ... Anm. ...)

- CAEMMERER, Ernst von, Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860 - 1960, Band II, Karlsruhe 1960, S. 49 ff
- CAEMMERER, Ernst von, Bankgarantien im Außenhandel, in: Festschrift für Otto Riese aus Anlaß seines 70. Geburtstages, Karlsruhe, S. 295 ff
- CAEMMERER, Ernst von, Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschem Recht, in: Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1967, S. 27 ff
- CANARIS, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin, 1964
- CANARIS, Claus-Wilhelm, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, in: JZ 1965, S. 475 ff
- CANARIS, Claus-Wilhelm, Bankvertragsrecht einschließlich Kontokorrent und Recht Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Berlin, New York, 1975
(zit.: Canaris, BankvertragsR § ... Anm. ...)
- CANARIS, Claus-Wilhelm, Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden,
in: ZHR 142 (1979), S. 113 ff
- CAPELLE, Karl-Hermann, Canaris, Claus Wilhelm, Handelsrecht (ohne Gesellschafts- und Seehandelsrecht), 19. Aufl., München, 1978
(zit.: Capelle-Canaris, Handelsrecht, § ...)
- COENENBERG, Adolf, G., Jahresabschluß und Jahresabschlußanalyse, 2. Aufl., München, 1974
(zit.: Conenberg S. ...)
- COING, Helmut, Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem,
in: Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Tübingen, 1963, S. 25 ff

- CRONSBRUCH, Johann - MÖLLER, Annemarie - LOHRE/
BÄHRE, Inge - SCHNEIDER, Martin,
Kommentar zum Kreditwesengesetz mit den
wichtigsten Ausführungsvorschriften, 2.
Aufl., München, 1976
(zit.: Cronsbruch, KWG, § ... Anm. ...)
- CZECH, Hartmut W., Die Haftung des Wirt-
schaftsprüfers gegenüber Dritten,
in: BB 1975, S. 723 ff
- DAUB, Walter, VOB Richtlinien der Finanzbau-
verwaltung, 7. Aufl., Düsseldorf, 1968
- DAUB, Walter - PIEL, Rudolf - SOERGEL, Carl,
Kommentar zur VOB, Teile A und B, Wies-
baden, Berlin, Köln, 1981
(zit.: Daub u.a., Kommentar zur VOB
Teil, § ... Anm. ...)
- DEMMER, Haftung des Schuldners für ursprüng-
liches Unvermögen, Diss., jur., Köln,
1974
- DERNBURG, Heinrich, Pandekten 2. Bd., Obligatio-
nenrecht, 5. Aufl., Berlin, 1897
(zit.: Dernburg, Pandekten § ...)
- DERNBURG, Heinrich, Bürgerliches Recht, Berlin,
1906
(zit.: Dernburg, Bürgerliches Recht, §
...)
- DÖLLE, Außergesetzliche Schutzpflichten,
in: ZStaatsW 103 (1943), S. 74 ff
- EISENHARDT, Ulrich, Sorgfaltspflichtverletzungen
des Gläubigers dem Bürgen gegenüber,
in: MDR 1968, S. 541 ff
- EMMERICH, Volker, Das Recht der Leistungsstö-
rungen, München, 1978
(zit.: Emmerich, Leistungsstörungen §
...)
- ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, Recht der
Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen
1958
(zit.: Enneccerus-Lehmann § ...)
- ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Carl, Allge-
meiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Ein Lehrbuch, 15. Aufl., Tübingen, 1959
(zit.: Enneccerus-Nipperdey § ...)

- ERMAN, Walter, Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, in: AcP 139 (1934), S. 273 ff
- ERMAN, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, begr. v. Walter Erman, hrsg. v. Harm-Peter Westermann, 7. Aufl., Münster, 1981
(zit.: Erman-Bearbeiter § ... Anm. ...)
- ESSER, Josef - SCHMIDTKE, Eike, Schuldrecht, Band 1 Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 5. Aufl., Karlsruhe, 1975
(zit.: Esser-Schmidt AT § ...)
- ESSER, Josef - WEYERS, Hans Leo, Schuldrecht Band 2, Besonderer Teil, Ein Lehrbuch Heidelberg, Karlsruhe, 1977
(zit.: Esser-Weyers BT § ...)
- FALTER, Manuel - HERMANNNS, Fritz, Die Praxis des Kreditgeschäfts bei Sparkassen und anderen Kreditinstituten, 10. Aufl., Stuttgart, 1980
(zit.: Falter-Hermannns, S. ...)
- FEUERHERDT, D., Die Bürgschaft als Kreditsicherheit, in: Bl. für Genossenschaftswesen, 1960, S. 45 ff
- FIKENTSCHER, Wolfgang, Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin, New York, 1976
(zit.: Fikentscher SchR § ...)
- FLESSA, Richard, Das Wesen der Staatsbürgerschaft, in: NJW 1954, S. 538 ff
- FLUME, Werner, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band 1, Karlsruhe 1960, S. 135 ff
- FLUME, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, 1975
(zit.: Flume § ...)
- FÜRST, R., Insolvenzen in betriebswirtschaftlicher Schau, Stuttgart, 1962
- GARTNER, Rudolf, Die zivilrechtliche Behandlung der Kautionsversicherung, in: VersR 1967, S. 118 ff

- GERHARDT, Walter, Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), in: JuS 1970, S. 597 ff
- GERNHUBER, Joachim, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl., München, 1980
- GIERKE, Otto von, Deutsches Privatrecht, 1. Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig, 1895
- HAGENMÜLLER, Karl-Friedrich, Der Bankbetrieb, Band II, Aktivgeschäfte und Dienstleistungsgeschäfte, Wiesbaden, 1964
(zit.: Hagenmüller II S. ...)
- HALEM, Carl Otto von, Kreditversicherung, Schriftenreihe "Die Versicherung", Bd. 2, hrsg. von Walter GROSSE, Heinz Leo MÜLLER-LUTZ, Reimer SCHMIDT, Wiesbaden, 1964
- HANDELSGESETZBUCH, Großkommentar, begr. von Hermann Staub, I. Band, §§ 1 - 104, 3. Aufl., Berlin, 1967 III. Band, 2. Halbband, §§ 352 - 372, 3. Aufl., Berlin, New York, 1978
(zit.: GK-HGB-Bearbeiter § ... Anm. ...)
- HARTWIEG, Oskar, Culpa in contrahendo als Korrektiv für "ungerechte" Verträge. Zur Aufhebung der Vertragsbindung wegen Verschuldnes bei Vertragsschluß in: JuS 1973, S. 733 ff
- HECK, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen, 1929
- HENDRIKSON, Kurt, H., Die Technik der Kreditwürdigkeitsprüfung, Wiesbache, 1956
(zit.: Hendrikson S. ...)
- HERSCHEL, Wilhelm, Zur Frage der Inflationszinsen, in: DR 1940, S. 534
- HERSCHEL, Wilhelm, Schadensersatz bei Behinderung und Störung von Betriebsversammlungen, in: DB 1975, S. 690 ff
- HIMMELREICH, Jury, Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, in: AcP 158 (1959/1960), S. 273 ff

- HOPT, Klaus J., Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbelaßung und Sanierung von Unternehmen - Wirtschafts- und bankrechtliche Überlegungen zum deutschen und französischen Recht -
in: ZHR 143 (1979), S. 139 ff
- HORBER, Ernst, Grundbuchordnung, 14. Aufl., München, 1977
- HORN, Norbert, Die Verwendung von Scheckkarten für Kreditzwecke,
in: NJW 1974, S. 1481 ff
- HUBER, Ulrich, Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung,
in: AcP 177 (1977), S. 281 ff
- HUECK, Alfred - CANARIS, Claus Wilhelm, Recht der Wertpapiere, 11. Aufl., München, 1977
(zit.: Hueck-Canaris, Wertpapierrecht, § ...)
- HÜFFER, Uwe, Die Ausgleichung bei dem Zusammentreffen von Bürgschaft und dinglicher Kreditsicherung als Problem der Gesamtschuldlehre,
in: AcP 171 (1971), S. 470 ff
- JÄHRIG, Alfred - SCHUCK, Hans, Handbuch des Kreditgeschäfts, 3. Aufl., Wiesbaden, 1978
(zit.: Jählig S. ...)
- JHERING, Rudolf von, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen,
in: Jher. Jahrb. 4 (1861), 1 ff
- KALVERAM, Manfred - GÜNTHER, Hans, Bankbetriebslehre, 3. Aufl., Wiesbaden, 1961
(zit.: Kalveram S. ...)
- KASER, Max, Römisches Privatrecht, 4. Aufl., München, Berlin, 1965
- KIRSCHNER, Manfred - STEIN, Johann Heinrich von, Kreditgeschäft
in: Obst-Hintner, Geld-, Bank- und Börsenwesen, hrsg. v. Norbert KLOTEN und Johann Heinrich von STEIN, 37. Aufl., 1980, S. 251 ff
(zit.: Obst-Hintner S. ...)

- KLANG, Heinrich - OHMEYER, Kamillo, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Bd., 2. Aufl., Wien, 1951
- KLETT, Dieter, Der Schutz des Bürgen unter besonderer Berücksichtigung der Formularpraxis der Kreditinstitute - de lege lata und de lege ferenda -, Diss. jur. Freiburg, 1971
- KNÜTEL, Rolf, Zur Frage der sog. Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band I, Köln, 1978 (zit.: Knütel FS Flume S. ...)
- KOCH, Eckhart - STÜBING, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1. Aufl., Neuwied/Darmstadt, 1977 (zit.: Koch-Stübing, AGBG, § ... Anm. ...)
- KÖPCKE, Günther, Typen positiver Vertragsverletzung, Stuttgart, 1965
- KÜNSTLER, Leopold, Der Bierlieferungsvertrag und die weiteren Verträge zur Sicherung des Absatzes im Braugewerbe, Nürnberg, 1957
- LANGE, Heinrich, Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Vertrag zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, in: NJW 1965, S. 657 ff
- LARENZ, Karl, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt", in: MDR 1954, S. 515 ff
- LARENZ, Karl, BGB § 823 Abs. I und Abs. II, (Eingriff in den Gewerbebetrieb) in: NJW 1956, S. 1719 f
- LARENZ, Karl, Bemerkungen zur Haftung für "culpa in contrahendo", in: Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Balzerstedt zum 70. Geburtstag, Berlin, 1975, S. 397 ff

- LARENZ, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, 1975
(zit.: Larenz, Methodenlehre S. ...)
- LARENZ, Karl, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München, 1977
(zit.: Larenz AT § ...)
- LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., München, 1979
(zit.: Larenz SchR AT § ...)
- LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 12. Aufl., München, 1981
(zit.: Larenz SchR BT § ...)
- LAUTE, Jürgen, Zum Umfang der Bürgenhaftung, in: Blätter für Genossenschaftswesen, 1971, S. 197 f
- LEHMANN, Heinrich, Anmerkung zu: BGB § 823 (Eingriff in Gewerbebetrieb, Unterbrechung der Stromzufuhr), in: NJW 1959, S. 670 ff
- LEIBHOLZ, G. - RINCK, H.J., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 4. Aufl., Köln-Marienburg, 1971
(zit.: Leibholz-Rinck, GG, Art. ... Anm. ...)
- LINGENBERG, Joachim, Kreditschutzlisten als unzulässiger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Schuldners, zugleich eine Auseinandersetzung mit dem Urteil des BGH vom 28.11.1952 (NJW 53, 297), in: NJW 1954, S. 449 ff
- LÖWISCH, Manfred, Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen, in: AcP 165 (1965), S. 421 ff
- MARCUS, Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner, in: Recht 1902, S. 456 f

- MARTENS, Hans-Peter, Die Bürgschaft im Wechselrecht und in der Konkurrenz mit anderen Sicherungsrechten,
in: BB 1971, S. 765 ff
- MAYER, Leopold - MAYER, Leopold, Bilanz- und Betriebsanalyse, Wiesbaden, 1970
- MEDICUS, Dieter, Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht,
in: JuS 1971, S. 497 ff
- MEDICUS, Dieter, Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 10. Aufl., Köln, 1981
(zit.: Medicus BR Rdnr. ...)
- MELLEROWIZC, Konrad - STEIN, Jonas H., Bestimmungsfaktoren der Kreditwürdigkeit, 2. Aufl., Berlin, 1957
(zit.: Mellerowicz S. ...)
- MERTENS, Hans-Joachim, "Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung",
in: ZHR 143 (1979), S. 174 ff
- MERZ, Franz, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft,
in: WM 1977, S. 1270 ff
- MERZ, Franz, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft,
in: WM 1980, S. 230 ff
- MORMANN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft,
in: WM 1963, S. 930 ff
- MORMANN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft,
in: WM 1968, S. 666 ff
- MORMANN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft,
in: WM 1974, S. 962 ff
- MOTIVE, zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Berlin, 1896
(zit.: Motive II S. ...)
- MOXTER, Adolf, Kreditwürdigkeitsbeurteilung und Eigenkapital,
in: Die Bank 1978, S. 321 ff

- MÜLLER, Ulrich, Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung, in: NJW 1969, S. 2169 ff
- MÜNCHENER KOMMENTAR, zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Franz-Jürgen SÄCKER und Kurt REBMANN, Band 1, Einleitung und Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240), hrsg. v. Franz-Jürgen SÄCKER, München, 1978
Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241 - 432), hrsg. v. Helmut HEINRICH, München, 1979
Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Halbband, hrsg. v. Peter ULMER, München, 1980
(zit.: MünchKomm-Bearbeiter § ... Rdnr. ...)
- NIRK, Rudolf, Culpa in contrahendo - eine richterliche Rechtsfortbildung - in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag, München, Berlin, 1965, S. 385 ff
- OHMEYER, Kamillo, Die Sorgfaltspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, in: Zentralblatt f. d. jur. Praxis 45 (1927), S. 161 ff
- OERTMANN, Paul, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin, 1910
(zit.: Oertmann § ... Anm. ...)
- PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 41. Aufl., München, 1982
(zit.: Palandt-Bearbeiter § ... Anm. ...)
- PARTSCH, Josef, Griechisches Bürgschaftsrecht, 1. Teil: Das Recht des altgriechischen Gemeindestaates, Leipzig, Berlin, 1909
- PAWLOWSKI, Hans-Martin, Ausgleich zwischen Bürgen und Hypothekenschuldner? Ein Beitrag zur Lehre von der causa, in: JZ 1974, S. 124 ff
- PIKART, H., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Bürgschaft, in: WM 1958, S. 798 ff

- PLANCK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, II, IV, V, 4. Aufl., Berlin, Leipzig, 1913 - 1928 (zit.: Planck, § ... Anm. ...)
- PLESSER, Ernst H., Unternehmenspolitik, Maßstab der Kreditwürdigkeitsprüfung, in: Die Bank, S. 117 ff
- PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1898
- RAISER, Ludwig, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg, 1935
- REHBINDER, Eckard, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht, Bad Homburg v. d. H., Berlin, 1969
- REHFELDT, Bernhard - ZÖLLNER, Wolfgang, Wertpapierrecht, Ein Studienbuch, 12. Aufl., München, 1978 (zit.: Rehfeldt-Zöllner, Wertpapierrecht § ...)
- REICHEL, Hans, Selbstschuldausfallbürgschaft, in: AcP 135, (1932), S. 336 ff
- REICHEL, Hans, Anmerkung zum Urteil des Schweiz. BundG, vom 23.10.1928, veröffentlicht in: JW 1929, S. 466 ff
- REINICKE, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für Wechselverbindlichkeiten, in: WM 1961, S. 466 ff
- REUSS, Karl Friedrich, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, in: AcP 154 (1955), S. 485 ff
- RIEZLER, Erwin, Auskunftspflicht des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen, in: Bank Archiv 1941, S. 105 ff
- ROSENBERG, Leo - SCHWAB, Karl-Heinz, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München, 1977
- SCHINNERER, Erich, Bankverträge, II. Teil, 2. Aufl., Wien, 1966

- SCHLEGELBERGER, Handelsgesetzbuch, Kommentar von Ernst GESSLER, Wolfgang HEFERMEHL, Wolfgang HILDEBRANDT, Georg SCHRÖDER, 1. Band §§ 1 - 47 a, 5. Aufl., München, 1973
(zit.: Schlegelberger - Bearbeiter § ... Anm. ...)
- SCHLOSSER, Peter, Haftungsgrund, Haftungsmaßstab und AGB-Gesetz,
in: WM 1978, S. 562 ff
- SCHLOSSER, Peter - COESTER/WALTJEN, Dagmar - GRABA, Hans Ulrich, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld, 1977
(zit.: Bearbeiter in Schlosser - Coester/Waltjen - Graba, AGBG, § ... Rdnr. ...)
- SCHMIDT, Karsten, Darlehen, Darlehensversprechen und Darlehenskrediteröffnung im Konkurs,
in: JZ 1976, S. 757 ff
- SCHMIDT, Karsten, § 765 BGB, § 350 HGB (Bestimmtheit der Bürgschaftserklärung)
in: JuS 1979, S. 215 ff
- SCHMIDT, Reimer, Die Obliegenheiten, Karlsruhe, 1953
- SCHMIDT-SALZER, Joachim, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht,
in: NJW 1970, S. 8 ff
- SCHMIDT-SALZER, Joachim, Rechtspolitische Grenzen der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit,
in: NJW 1971, S. 173 ff
- SCHNEIDER, Egon, Der Widerruf von Werturteilen,
in: MDR 1978, S. 613 ff
- SCHÖNLE, Herbert, Bank- und Börsenrecht, Ein Studienbuch, 2. Aufl., München, 1976
(zit.: Schönle, Bankrecht, § ...)
- SCHOLZ, Hellmut- LOWOWSKI, Hans-Jürgen, Das Recht der Kreditsicherung, 5. Aufl., Berlin, 1980
- SCHRAEPLER, Hans-Joachim, Kreditauskunft - Einschränkung des Bankgeheimnisses,
in: NJW 1972, S. 1836 ff

- SCHÜTZ, Wilhelm, Zum Bürgschaftsrecht,
in: ZAkDR 1938, S. 155
- SCHÜTZ, Wilhelm, Die Umdeutung einer formrichtigen Bürgschaft in einen Kreditauftrag,
in: WM 1963, S. 1051 ff
- SIBER, Heinrich, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht,
Leipzig, 1903
- SICHTERMANN, Siegfried, Bankgeheimnis und Bankauskunft Frankfurt a.M., 1966
- SOERGEL, Hans Th. - SIBERT, W. (Hrsg.),
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Band 1, §§ 1 - 240, 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1978
Band 2, §§ 241 - 610, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967
Band 3, §§ 516 - 704, 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1980
Nachtrag zu Band 3, §§ 611 - 853, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1969
(zit.: Soergel-Bearbeiter § ... Bem. ...)
- SPRUTH, Bodo, Der Bürge im Mietrecht,
in: Blätter für Grundstück-, Bau- und Wohnungsrecht, 1968, S. 201 ff
- SZAGUNN, Volkhard - NEUMANN, Walter - WOHL-SCHIESS, Karl, Kommentar zum Gesetz über das Kreditwesen,
3. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1976
(zit.: Szagunn § ... Anm. ...)
- STAUB, Hermann, Die positive Vertragsverletzung, 2. Aufl., 1913
- STAUDINGERS KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
I. Band, Teil 1 b, § 242, 11. Aufl., Berlin, 1961
II. Band, 4. Teilbd., §§ 705 - 822, 10/11. Aufl., Berlin, 1975
II. Band, 5. Teilbd., §§ 823 - 835, 10/11. Aufl., Berlin, 1975
(zit.: Staudinger - Bearbeiter § ... Anm. ...)

- STÖTTER, Viktor, Das Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Auftragsbürgen, insbesondere seine Beendigung durch Kündigung aus wichtigem Grunde (Verhältnis von § 671 zu § 775 BGB) in: MDR 1970, S. 545 ff
- STOLL, Heinrich, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, in: LZ 1923, S. 523 ff
- STOLL, Heinrich, Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen, 1936
- STRÄTZ, Hans-Wolfgang, über sog. "Nachwirkungen" des Schuldverhältnisses und Haftungsmaßstab bei Schutzpflichtverstößen, in: Festschrift für Friedrich-Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, Bielefeld, 1976, S. 999 ff
(zit.: Strätz FS Bosch S. ...)
- STÜVEN, Werner, Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, Diss. Hamburg, 1925, (mschr.)
(zit.: Stüven S. ...)
- THIELE, Wolfgang, Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung - Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzung in das Haftungssystem des Zivilrechts, in: JZ 1967, S. 649 ff
- THOMAS, Heinz - PUTZO, Hans, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 10. Aufl., München, 1978
(zit.: Thomas-Putzo, § ... Anm. ...)
- UNGER, Josef, Handeln auf fremde Gefahr, in: Jher. Jahrb. 33 (1894) 303
- WEBER, Hansjörg, Die Bürgschaft, in: JuS 1971, S. 553 ff
- WEBER, Hansjörg, Sicherungsgeschäfte, 2. Aufl., München 1977
(zit.: Weber, Sicherungsgeschäfte, S. ...)

- WESTERMANN, Harry, Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 11, 1954
(zit.: Westermann, Interessenkollisionen S. ...)
- WESTERMANN, Harry, Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 5. Aufl., Karlsruhe, 1966
(zit.: Westermann, Sachenrecht, § ...)
- WIEACKER, Franz, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, in: Recht und Staat, 193/194, Tübingen, 1956
- WICHER, Reinhard, Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, in: AcP 158 (1959/1960), S. 297 ff
- WIEFELS, J., Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil: Einzelne Schuldverhältnisse, 151. - 155. Aufl., Düsseldorf, Stuttgart, 1965
- WIELING, Hans Josef, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, in: AcP 176 (1976) S. 334 ff
- WINDSCHEID, Bernhard - KIPP, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 9. Aufl., Frankfurt/Main, 1906
- WOLF, Ernst, Rücktritt, Vertretenmüssen, Verschulden, in: AcP 153 (1954), S. 17 ff
- WOLF, Jürgen, Bankgeheimnis und Kreditauskunft, in: AG 1968, S. 286 ff
- WOLFF, Martin - RAISER, Ludwig, Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 10. Bearbeitung, Tübingen, 1957
- ZELLER, Friedrich, Zwangsversteigerungsgesetz, Kommentar zum ZVG, 10. Aufl., München, 1979
(zit.: Zeller, ZVG, § ... Anm. ...)

L e b e n s l a u f

- geboren am 9.2.1956 in München als zweites Kind der Eheleute Dipl.Ing. Paul F. Lutz und Anny Lutz, ledig, deutscher Staatsangehöriger
- 1962-1966 Martin-Kneidel-Volksschule, Grünwald
- 1966-1972 Gymnasium Dr. Florian Überreiter, München
- 1972-1975 Nymphenburger Gymnasium, München
dort Abitur am 20.6.1975 im neusprachlichen Zweig
- 1975-1979 Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilian-Universität, München
zusätzlich dazu Grundstudium in Zeitungswissenschaften, Politologie und Betriebswirtschaftslehre
- 11.12.1979 Erstes Juristisches Staatsexamen, München
- März 1980 - Mai 1983 Referendarzeit im OLG-Bezirk München, von 1.5.1980 bis 1980 Nebentätigkeiten bei RA Dr. Luz, München, SS1981/WS 1981/82 Gasthörer an der Freien Universität Berlin, von 1.1.1983 bis 30.4.1983 Praktikum bei Peat, Marwik, Mitchell & Co. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft, München, 19.5.1983 Zweites Juristisches Staatsexamen, München
- seit 21.6.1983 Rechtsanwalt in München

Grünwald, den 1.7. 1983

Peter Lutz

QUICKDRUCK
Corneliusstraße 12
8000 München 5
Telefon 260 47 18

